UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE L'EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE

En Angleterre et en France

(ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Ès Sciences Juridiques

SOUTENUE PAR

JÉROME MILLE

AVOCAT A LA COUR

DOCTEUR ÈS SCIENCES POLITIQUES

LAURÉAT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL (1902)

AIX

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE B. NIEL

Rue Emeric-David, 5

1906

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE – FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE L'EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE

En Angleterre et en France

(ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Ès Sciences Juridiques

SOUTENUE PAR

JÉROME MILLE

AVOCAT A LA COUR

DOCTEUR ÈS SCIENCES POLITIQUES

LAURÉAT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL (1902)

AIX

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE B. NIEL

Rue Emeric-David, 5

1906

PERSONNEL

MM. BRY, doyen, professeur de Droit romain.
JOURDAN, professeur de Droit civil.
BOUVIER-BANGILLON, professeur de Droit commercial.
LACOSTE, professeur de Droit civil.
VERMOND, professeur de Droit romain.
MOREAU, professeur de Droit administratif.
AUDINET, professeur de Droit international public.
CÉZAR-BRU, professeur de Droit civil.
BABLED, professeur d'Economie politique.
HUVELIN, professeur de Droit romain à la Faculté de Droit de Lyon, chargé du cours d'histoire du Droit public.
BONNECARRÈRE, professeur de Droit criminel.
CAILLEMER, agrégé, chargé des cours d'histoire du Droit français.
DELPECH, agrégé, chargé du cours de Droit constitutionnel.
SCHATZ, agrégé, chargé des cours d'Economie politique et d'Histoire des doctrines économiques (doctorat).
MORIN, chargé du cours de Procédure civile.
JOUGLA, secrétaire.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

Baudry-Lacantinerie et M. Colin. — Des donations entre vifs et des testaments, tome II, Paris, Larose 1899.

W. Blackstone. — Commentaries on the laws of England, Traduction française, Chompré 1833.

Brickdale and Sheldon. — Land Transfer Acts 1855 and 1899. London 1899.

R Caillemer. — Origines et développement de l'exécution testamantaire. Lyon 1901.

Demolombe. — Traité des donations entre vifs et des testaments, tome V, Paris 1865.

Fenet. — Code civil, recueil des travaux préparatoires, tome VIII.

C. de Ferrières. — Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris, Paris 1314, tome IV.

V. Fornas. — Du rôle de l'exécuteur testamentaire et de l'administrateur de succession en Angleterre d'après le Land Transfer Act de 1797, (thèse) Lyon 1903.

Furgole. — Traité des testaments, codiciles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté, Paris 1877, tome IV.

T. Glasson. — Histoire du droit des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre 1883, tome VI.

Guyot. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, tome VII, Paris 1784.

Holdsworth. — The law of wills exécutors.

De Lapradelle. — Droit public et privé des fondations, Paris 1895.

Laurent. — Principes du droit civil français, tome XIV, Paris 1878.

Le Brun. — Traité des successious, Paris 1875.

T. Lehr. — Eléments de droits civil anglais, Paris 1885.

Merlin. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5me édition, Bruxelles 1826, tome XI.

Pollock and Maitland.— History of English law, Cambridge 1895, tome II.

Pothier. — Traité des succession, tome X.
Planiol. — Traité élémentaire de droit civil, Paris 1901, tome III.
Sthephen. — Commentaries of the laws of England, London 1903, tome II.
Troplong. — Droit civiil expliqué, donations entre vifs et testaments.
Thery. — Pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, Paris 1905 (thèse).
Viollet. — Histoire du droit civil français, Paris 1893.
Vuchot. — L'exécuteur testamentaire dans le nouveau code civil allemand.
William. — Principles of the law of personal property, London 1894.
William.- Principles of the law of réal property, London 1896.

PRÉFACE

Lorsqu'une institution juridique apparaît dans un Code, il est bien rare qu'elle soit due à une pure conception du législateur. C'est dans le passé même, et dans les usages populaires qu'il faut en chercher le germe, plus que dans le cerveau de ceux qui n'ont fait que constater son existence préalable et la soumettre à des règles fixes en la faisant passer dans la loi, pour l'approprier aux besoins des temps, qui seuls l'avaient fait naître. Le droit n'est rien autre chose que la traduction d'une croyance ou d'un besoin social.

Aussi, si l'on veut suivre l'évolution d'une institution, faut-il s'attacher, avant tout, à l'évolution parallèle des influences qui ont régi les milieux et les époques qu'elle a dû traverser.

S'il était besoin d'une preuve de cette vérité, il suffirait de constater, qu'en des pays différents, mais de civilisation égale — où, par suite, se manifestent des besoins semblables, sous des influences pareilles, — naissent, à la même époque, des institutions similaires.

Dans l'Europe médiévale, les institutions similaires, issues du vieux fonds germain, ont tour à tour oscillé, sous la poussée du romanisme et de la renaissance,

se heurtant et se perfectionnant au contact des règles nouvelles que le christianisme imposait au sens populaire.

La force et la constitution même de l'Etat ne sont d'ailleurs pas étrangères à l'allure que prendront ces transformations : lentes et progressives, arrivant à un puissant degré d'unification, dans les Etats à constitutions solides et fortes ; marquées, au contraire, de violentes secousses et de changements profonds, au milieu des perturbations sociales et politiques.

Sous ces deux formes, leur marche tend toujours à les ramener au but original en vue duquel les créa le besoin populaire, but auquel saura les faire indirectement revenir la jurisprudence, lorsque le législateur, imprudent ou égaré, les en aura laissé trop radicalement s'écarter.

Née à peu près à la même époque dans les diverses nations de l'Europe chrétienne, l'institution de l'exécuteur testamentaire nous offre un exemple de ces développements ondoyants et divers. C'est dans deux pays voisins, l'Angleterre et la France que nous pourrons suivre avec intérêts ces modifications.

En France, comme en Angleterre, cette institution se crée presque en même temps. Elle affecte, dès l'origine, des caractères semblables. Conçu à l'exemple du *Salmann* germanique, né de préoccupations religieuses, et fortement rattaché aux fideicommis romains, l'exécuteur testamentaire nous apparaît

bientôt, des deux côtés de la Manche, comme étendant son activité à la liquidation de la succession.

Mais, pendant que, sous l'influence de l'intitution testamentaire, la France abandonne l'usage de l'exécution testamentaire jusqu'à la laisser disparaître complètement, — au moins dans les pays de droit écrit, — nous voyons l'Angleterre — où le droit de léguer est, selon l'expression de Blakstone « aussi ancien que les premiers rudiments de la loi » — lui conserver, au contraire, toute sa vigueur.

Le développement du testament, qui semble devoir tuer, en France, le rôle de l'exécuteur testamentaire l'augmente, au contraire, en Angleterre, et fait de l'exécuteur, comme un représentant de la succession.

Le dernier coup paraît devoir l'atteindre, chez nous, avec le Code Napoléon qui, supprimant les pays de coutume, lui enlève son dernier domaine. C'est justement alors que la jurisprudence instaure le legs avec charge qui va, sous une phase nouvelle, ressusciter l'institution qui semblait disparue.

Pendant que l'on revient ainsi en France à la conception première, l'Angleterre étend les droits de l'exécuteur sur les immeubles du défunt.

L'exécuteur testamentaire est alors devenu en Angleterre un personnage qui assure complètement le payement des dettes. Les cours ecclésiastiques ont les premières mis ce rôle dans ses attributions et, lorsque toute compétence aura échappé à ces der-

nières juridictions, les cours laïques conserveront la mesure. Le devoir de garantir le payement de ses dettes passe dans la conscience sociale au premier plan, avant celui d'assurer le salut de son âme par des legs pieux

Cette même sécularisation de l'institution s'est produite en France sous une autre forme. Loin d'y borner le rôle de l'exécuteur à faire respecter les volontés du défunt, la jurisprudence en a fait à nouveau un fondateur d'œuvres, mais le caractère de ses fondations est devenu strictement charitable au lieu d'être, comme d'antan, surtout confessionnel.

Ainsi, dans chaque continent, s'est opérée une sécularisation de l'institution sous l'empire des idées de solidarité et de justice sociale.

CHAPITRE PREMIER

Origines de l'institution

A partir du XIII^e^ siècle, l'institution d'exécuteur testamentaire est pleinement constituée en France comme en Angleterre. Les actes authentiques du temps la mentionnent à de fréquents intervalles, comme les hommes en font un usage assidu. Elle y fonctionne suivant les mêmes règles et y assure le même but. Ce phénomène de parallélisme est logique en présence des éléments semblables dont la rencontre avait créé l'organisme tel que nous le rencontrons.

Sans chercher à étudier spécialement le milieu dont sortit notre institution ni son premier développement [1], il est du moins nécessaire de rappeler comment elle naquit, se développa et se transforma, pour atteindre une spécification propre de l'exécuteur dans nos deux continents.

On sait que bien des affinités ethniques ont rapproché la Gaule et la Grande-Bretagne. Après la rapide domination des Celtes sur les deux territoires, les aigles romaines s'étendent sur tous deux. En même temps qu'elles subissent d'une part de la mer les attaques des barbares, elles tombent de l'autre

[1] Nous renvoyons sur ce sujet au savant travail de M. Caillemer, *Origines et développement de l'exécuteur testamentaire*, Lyon, 1901.

sous les coups de l'heptarchie saxonne. L'invasion saxonne en Grande-Bretagne jette en Armorique tout un clan de réfugiés qui se mêle aux Bretons[1] et leur communique ses mœurs.

Lorsqu'à son tour l'envahisseur franc vient chasser de leur territoire les Gallo-Romains, ce sont encore des hommes du Nord qui conquièrent la Grande-Bretagne, après s'être installés en Normandie où ils laissent leurs traces.

Ces invasions venues de la même direction jointes aux pénétrations mentionnées, peut-être aussi une guerre trop tristement célèbre[2], permirent l'éclosion des mêmes organisations publiques et privées.

La féodalité s'installe dans les deux pays. Elle apporte avec elle un nouveau régime des biens dont le droit privé restera imprégné bien après la mort des rapports de vassalité qu'il a fait naître.

En Angleterre la division primordiale d'un *estate* en *personal* et *real* date de cette institution et domine tous les rapports du droit civil. L'exécuteur testamentaire trouvera longtemps dans cette division bipartite des biens une barrière à la plénitude de son exercice.

La France, de son côté, aboutit à la séparation des biens nobles et des biens roturiers. On peut s'étonner peut être que l'Angleterre n'ait pas atteint comme sa voisine au mode de classement des biens en meu-

[1] Notons toutefois que la Bretagne est restée étrangère à l'influence germanique.

[2] La guerre de Cent ans qui dura de 1337-1453.

bles et immeubles; mais peut-on répondre, les juristes romains surent-ils s'affranchir durant des siècles de l'antique séparation entre les *res mancipi* et *nec mancipi* pour arriver à la division rationnelle des biens ?

L'immobilité et une durée indéterminée constituaient en Angleterre le caractère des biens réels par rapport aux biens personnels. Ces deux caractères se trouvaient réunis pleinement dans le fief. Mais il ne faudrait pas croire que les biens personnels ne continssent que des meubles; ils embrassent tous ceux qui n'ont pas été rangés dans la première catégorie parce qu'il leur manque une des deux conditions exigées. Ces biens sont alors appelés *chattels*, qu'on subdivise en *chattels real* si c'est la durée seule qui leur fait défaut, et en *chattels personal* lorsqu'ils n'ont pas la nature immobilière.

Cette distinction des biens donna sa direction au droit successoral. La transmission de la *personalty* a lieu par voie de *descent* selon les modes romains, tandis que pour la *realty*, on s'inquiète uniquement de la parenté qui lie le successible avec le *purchaser* c'est-à-dire la personne qui a acquis l'immeuble par tout autre mode qu'une dévolution ab intestat.

Dans la plupart des cantons, c'est le fils aîné qui hérite seul de la tenure.

L'enfant mâle est admis à la succession avant l'enfant du sexe féminin; mais les filles ont droit à la succession avant tous les parents collatéraux.

Entre elles, les filles sont appelées sans distinction d'âge.

Le droit de primogéniture n'a été introduit parmi les femmes que pour la succession de la couronne.

Les descendants en ligne directe représentent *in infinitum* l'ancêtre qui n'existe plus. Aussi, les descendants du fils aîné, succèdent tous avant le fils puîné, c'est une succession par tige ou par souche.

A défaut de descendants, la succession passe aux collatéraux, à l'exclusion des ascendants. Les héritages descendent, mais ne remontent jamais dans la ligne directe. La loi appelle ceux qui sont le plus proches soit personnellement, soit par représentation.

Le parent le plus proche, mais qui n'a que le demi-sang est exclu par le parent le plus éloigné, mais qui a le sang entier, c'est-à-dire qui descende non-seulement du même ancêtre, mais du même couple d'ancêtre.

De son côté, la France ne se préoccupait pas, dans la plupart de ses coutumes, pour le règlement des successions, de la qualité des personnes, défunt ou héritiers, mais uniquement de la nature des biens. Il consacrait un régime de succession pour les biens nobles qu'on appliquait même s'ils étaient possédés par des roturiers et un autre système pour les biens roturiers, qui était observé par les nobles possesseurs de ces biens[1].

[1] Sic Glasson, *Hist. du droit et des institutions de la France*, tom VIII, p. 241.

On distinguait encore les biens selon leur nature et leur origine. Les *meubles* et les *acquets* allaient en général à ceux que l'affection présumée du défunt désignait, tandis que les *propres* suivaient l'ordre de succession du *real estate*. C'est ainsi que dans les coutumes souchères, il fallait être descendu du premier auteur qui avait mis le bien dans la famille pour le recueillir comme propre.

Mais, tandis qu'en Angleterre, la dévolution héréditaire ab intestat du moyen-âge s'est perpétuée jusqu'à nos jours en deux masses de biens soumises à des règles différentes, en France, les idées romaines ont triomphé du droit coutumier. Le code civil a assuré l'unité de la succession. La transformation du droit public national devait fatalement commander ce résultat[1].

Les germains avaient une conception trop forte de la communauté de famille pour qu'on recherche chez eux les premiers linéaments du testament.

Comme il pouvait être toutefois dans l'intention du défunt de disposer d'une partie de ses biens, le droit germanique inventa un procédé dont le résultat pratique était d'assurer ses volontés comme s'il eut testé selon un acte unilatéral et revocable jusqu'à son décès. Le disposant transmettait ses biens à une personne de confiance qui les gardera à la disposition de son commettant tant que celui-ci vivra et qui

[1] La Législative et la Constituante établirent l'unité par la loi du 17 nivose an II, sur les successions.

les transférera après sa mort au véritable bénéficiaire. L'intermédiaire de la transmission, le *Salmann*, était propriétaire des biens successoraux, mais il réservait à son cédant l'usufruit des biens durant sa vie et devait s'en déposséder dès le jour de sa mort. On voit donc que l'intérêt qu'il avait à l'acquisition d'une propriété si précaire était très faible et tout porte à croire que, sur son consentement très aisément obtenu puisque il ne se dépossédera de rien, n'ayant rien acquis, le disposant pourra révoquer sa première attribution de biens. Il paraîtrait même qu'on ne peut invoquer le droit du véritable gratifié, car ce dernier n'existe que lorsqu'il a accepté l'offre de donation, or l'acte dont il va profiter est un acte auquel il n'a pas été partie, qui, vu son caractère de confiance, lui a probablement échappé et auquel il n'a donc pas été amené à consentir. Ainsi comprise, l'affatomie germanique nous offre un succédanné du testament et le *salmann* nous apparaît comme l'ancêtre de l'exécuteur testamentaire [1].

En Angleterre, l'exécution testamentaire procure aux bénéficiaires des biens à distribuer une action contre l'exécuteur, lorsque ce dernier est un *feoffe*. Toutefois, tandis que la chancellerie leur concéda ce droit, la *common law* ne la leur reconnut jamais.

En France, cette action ne paraît pas clairement avoir été donnée contre lui à ceux à qui il devait remettre les biens du défunt.

[1] Cpr. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, p. 23-45.

Des deux côtés du détroit, on reconnut toutefois aux héritiers le droit de réclamer les biens dont l'exécuteur aurait dû disposer selon les volontés du défunt.

Il va être donné à l'Eglise d'employer l'exécuteur testamentaire à ses fins et d'en faire un rouage particulier des testaments, lorsque le droit romain les aura répandus.

Il put disposer en France même d'immeubles, au profit d'œuvres *pies*. Dans les débuts de l'institution, l'Angleterre, sans obtenir ce résultat qui choquait ses idées arrêtées sur la féodalité, tourna la difficulté et y attint par la création des *uses*, au XIII^e^ siècle. Le testateur aliénait sa terre à un tiers et s'en réservait l'*use* qu'il léguait. L'intermédiaire jouait le rôle d'un exécuteur. La France connut un moment une institution semblable dans le haut moyen âge, c'était l'éxécuteur entre-vifs, mais elle en perdit l'usage ; le principe dont elle dérivait, la distinction du domaine éminent et du domaine utile, ne se dégagea qn'au XVI^e^ siècle.

Nous en aurions fini avec l'influence germanique et féodale si nous ne jugions bon de faire remarquer que l'Angleterre est restée fidèle au droit coutumier du moyen âge et qu'elle a préféré laisser à sa *common law* la liberté de se modifier selon les circonstances en dehors de toute rédaction. Son droit est resté une série de *casus* sans liaison juridique autre que celle du temps.

La *common law* ou droit commun, qu'on oppose

au *statute law* ou droit statutaire, contient d'anciens monuments du droit anglo-saxon fortement influencés de germanisme. On y comprend aussi la plupart des ordonnances des rois normands. Il forme le fond de la législation anglaise.

De bonne heure, comme se développait l'individualisme au dessus du régime féodal qui l'étreignait, et comme les complications d'une société grandissante venaient à nécessiter plus de garanties pour les créanciers et de facilités aux débiteurs dans l'acquittement de leurs dettes, il parut un droit nouveau sous le nom d'*equity*.

Au XIII^e^ siècle, il se partage avec la *common law* l'activité juridique de la nation. Inspiré par une conception plus large de la justice, il corrige ce que la *common law* peut avoir de blessant pour les intérêts privés bien entendus. Souvent de simples considérations de fait dictent ses jugements.

Il trouva son expression soit devant les juridictions ecclésiastiques, soit devant une juridiction particulière, la Haute-Cour de Chancellerie, tandis que les autres juridictions jugeaient d'après la *common law*.

Les litiges relatifs aux *trusts* et à l'administration des successions se rangèrent de bonne heure dans la compétence de la Cour de Chancellerie.

La souplesse de son esprit et le sens pratique de ses juges contribuèrent pour beaucoup à conserver à l'exécuteur testamentaire un rôle prépondérant dans la liquidation successorale.

D'une manière générale, sa compétence tendait à l'emporter sur celle des tribunaux de *common law*, mais il fallut attendre l'année 1873 pour que la dualité de ces juridictions cessât au profit de la Cour de Chancellerie qui servit de base à une organisation judiciaire nouvelle en Angleterre.

Devant la tendance universelle du droit qui cherche à assurer le triomphe de la volonté juridique des individus, la *common law* perd aujourd'hui de son influence au profit de l'*equity* qui passe dans le droit écrit, ou *statute law*.

Ce dernier a su du moins conserver les institutions que lui avait livrées la première et dont l'utilité s'était affirmée.

La France ne connut pas les bienfaits d'une semblable juridiction. Sans respect pour ses anciennes coutumes, elle a sacrifié au culte de la construction juridique à l'instar des Romains dont l'esprit avait pénétré sa législation ; aussi, lorsque elle eût admis que l'*heres* représentait le défunt, elle trouva une véritable inelegantia juris à conserver à ses côtés un autre personnage investi d'attributions multiples. La haine violente du passé féodal lui fit redouter que l'exécuteur testamentaire ne devint un agent nouveau et déguisé de substitution.

Sous cette double considération, l'institution fut réduite à des limites si modestes qu'elle aurait sombré sans l'utilité de son rôle et les accroissements qu'elle a reçus de la jurisprudence dont la souplesse a créé dans notre droit national un droit prétorien

nouveau comparable aux solutions transactionnelles de la Chancellerie anglaise.

Les Romains victorieux pénétrèrent, on le sait, en Grande-Bretagne dès le IIe siècle après J.-C.; mais leur domination fut éphémère devant l'invasion triomphante des Saxons. Leur situation se consolida au contraire en France, et, pendant trois siècles, le midi de notre sol bénéficia de leur influence. Leur passage est la source de la division qui marqua si longtemps notre droit en pays de coutumes, rebelles aux lois latines, et pays de droit écrit, qui s'assimilèrent au contraire leurs dispositions[1]. Ces derniers comprennaient, peut-on dire d'une manière générale, le bassin de la Garonne, du Rhône et quelques provinces limitrophes. Malgré ces premiers contacts entre l'élément romain et nos deux nations, l'erreur serait grande de croire à une conquête de l'esprit latin. Les nouvelles provinces romaines sont d'une civilisation trop rudimentaire pour s'approprier les institutions d'un peuple d'une culture déjà avancée. Tout au plus peut-on y voir quelque écho du *fidei-commis* dans le type d'exécuteur testamentaire primordial.

On sait qu'on put, au IIIe siècle, à Rome, mettre à la charge de toute personne recueillant *mortis causa* le soin de remettre certains biens qu'elle reçoit à une troisième, appelée fiduciaire.

[1] L'édit de Pistes consacre officiellement la distinction des pays de droit écrit et de coutumes en 844.

La personne grevée portait le nom de fideicommissaire. Elle constituait un intermédiaire de transmission investi d'une mission de bonne foi. Toujours est-il que, venu de Rome, le principe de la transmission testamentaire des biens s'infiltra en France au XIe siècle comme il se développa en Angleterre où l'influence germanique hostile au testament avait respecté une règle établie dès la plus haute antiquité par les coutumes celtiques et laissant quelque liberté de tester. Glanville, dit en effet, qu'on pouvait faire trois parts de ses biens, dont une échéait aux descendants directs, une autre à la femme et dont la troisième était laissée à la libre disposition du mourant. Au cas où sa femme était décédée, le défunt pouvait disposer de la moitié de ses biens

La renaissance du romanisme, sous l'impulsion des civilistes, donna plus de ferveur au principe testamentaire.

Dans *la grande charte* (1215), le roi Jean donna au testateur la liberté de disposer des biens mobiliers comme il le voudrait, ordonnant d'ailleurs que les parties de son bien, dont il n'aurait pas disposé, fussent partagées entre la veuve et les enfants. Plus tard, Henri VIII permit, dans le statut des testaments, la libre disposition des immeubles. La succession présente dès ce jour une certaine unité de masse comparable à la succession romaine. Le progrés n'est néamoins pas complet ; d'après la *common*

law, le testateur ne peut pas instituer d'héritier, mais seulement des légataires[1].

La fonction naturelle de l'exécuteur sera de délivrer les biens légués à leurs bénéficiaires. Longtemps une exception profonde sera faite au profit des biens réels qui passeront directement sur la tête du légataire, comme cela se passait à Rome, mais depuis le Land Transfer Act de 1897, toute la dévolution successorale se fait par l'intermédiaire de l'exécuteur. L'antique et restreinte liberté de tester qui avait toujours subsisté en Angleterre a fait que la diffusion des principes romains n'ont pas éprouvé l'institution de l'exécuteur.

En même temps que l'exécuteur était choisi par acte entre vifs comme propriétaire à charge de transmission au décès, il était aussi fréquemment nommé par acte testamentaire en ce qui concerne la partie mobiliaire disponible de la succession. Malgré les droits des légataires acquis au jour du décès, il conserva sur la fortune personnelle du défunt comme un droit réel. L'*enfeoffement*[2] lui donnait même des droits sur l'*estate* réel du décédé.

Dans un des premiers devoirs dont l'exécuteur testamentaire anglais fut chargé, on ne peut se défendre de voir le rôle joué par le *prosecutor* romain,

[1] « Solus Deus heredes facit » Glanville, liv. VII cap. I.

[2] Le *feoffment* consistait en un transfert de propriété entre vifs au profit des *feoffes to uses* « à telle entente que les dits *feoffes* doivent performer la dernière volonté du disposant ». C'est une institution voisine de l'exécution testamentaire.

personnage qui devait veiller à l'ouverture du testament ainsi qu'à son enregistrement. La *Probate* qui incombe à l'exécuteur parait en découler directement.

Notons au passage que le droit anglais, plus épris de liberté que de respect pour les héritiers du sang, n'a conservé aucune *réserve* à l'image du droit commun.

Toute autre était la situation en France lorsque se répandit l'habitude du testament romain. Jusque-là l'impossibilité de disposer par testament de ses biens avait été la règle des nationaux comme ils l'avaient reçue du droit germain, en dehors de l'institution d'exécuteur testamentaire. Le seul moyen pour réaliser une disposition à titre gratuit après sa mort a été jusqu'au XI^e^ siècle la donation post obitum, et la donation avec réserve d'usurfruit ou de précaire. Encore est-il que la donation à cause de mort était rejetée dans beaucoup de provinces du nord à cause de la règle donner et retenir ne vaut. On sait que l'ordonnance de 1731 l'interdit et que le code civil ne l'a laissé subsister qu'à condition de ne pas la faire révocable. Ajoutons pour être exacts qu'en dehors des bornes de la France moderne, les pays Wisgoths possédaient un simulacre de testament très défectueux et d'un fonctionnement difficile.

L'exécuteur testamentaire nommé par acte entre vifs reste à cette période le moyen le plus pratique d'assurer ses volontés après sa mort. Sa mission est revocable et peut porter soit sur l'ensemble de la succession, c'est alors l'*exécutor generalis*, soit sur

quelques biens particuliers, c'est l'*executor specialis*. Le mouvement venu de Bologne ramena le testament.

Dans le midi, on admit que la volonté du disposant peut créer un héritier comme la vocation légale. Le rôle de l'exécuteur est transformé de ce fait ; en dehors des dons pieux qu'il continue à recevoir, il devient le liquidateur de la succession, ses droits comprennent une simple détention des biens, il n'est plus un intermédiaire de succession. S'il subsiste, ce n'est que par un phénoméne de survivance historique car la loi romaine ne le connaissait pas, l'*heres* ayant à lui seul les qualités que vont se partager l'héritier ou le légataire universel et l'exécuteur. Justinien accordait aux légataires et aux fideicommissaires des actions[1] pour la délivrance de leurs libéralités et avait prononcé par la Novelle 1, ch 1, la peine de privation et l'indignité contre les héritiers qui refuseraient d'exécuter la volonté des testateurs, après en avoir été interpellés. Ces garanties lui avaient paru suffisantes sans commettre une personne affidée. A peine si on rencontre quelques cas particuliers à Rome où des testateurs aient donné des pouvoirs à des particuliers pour l'exécution de quelques dispositions spéciales. Nous verrons néanmoins que nos juristes, emportés par le zèle des études romaines, tâchèrent de régir notre institution d'après les principes du droit romain. En lui appli-

[1] Loi I code *comm. de leg.*

quant les règles du mandat, ils la précipitaient à sa ruine.

Les pays de coutume refusèrent d'admettre l'institution d'héritier. Seules, les institutions contractuelles trouvèrent grâce devant eux. Mais celles-ci tiennent plus des donations entre vifs que des successions testamentaires. Au surplus, elle ne sont que de simples legs. On ne permit à un testateur que l'institution de légataires. Même, cette opération juridique était vue d'un mauvais œil, par préférence marquée pour les successions ab intestat. En 1775, Le Brun écrit encore : « On considère le cours des successions comme celui des fleuves qui semblent n'avoir pour objet que de porter partout avec eux la fécondité au lieu qu'on regarde les successions testamentaires comme des torrents qui semblent faits pour troubler l'économie de la nature et laissent partout d'assez tristes marques de leur passage[1]. » Dans les rares cas où le testateur usait de son droit de faire des legs, à défaut d'héritier, se posait la question de savoir qui représentait la personne de l'héritier. De ce côté, l'exécuteur testamentaire maintint une place prépondérante et des droits essentiels. Il joue le rôle de l'héritier institué des pays de droit écrit, partant de l'*heres romanus*. Grevé du passif dans les limites de l'actif, il délivre les legs. Sa situation s'y conserve, quoique très discutée, jusqu'à la Révolution, voisine de celle de l'exécuteur

[1] Le Brun, *Traité des successions*, Paris 1875, préface, p. v.

anglais, aussi est-ce de l'exécuteur des pays de coutume dont nous parlerons par la suite.

Si le *salmann* germanique fournit le modèle de notre institution tout comme le *fideicommis* romain en répandit l'idée, l'Eglise eut du moins le rôle essentiel de répandre l'institution dans les nations chrétiennes. Son premier soin fut de confisquer l'institution à son profit. Seul, le défunt, qui disposait ainsi de quelques biens en son nom, assurait à ses yeux le salut de son âme et méritait la sépulture en terre sainte. L'idée religieuse avait déjà profondément été mêlée à la succession romaine et si l'Eglise, en Angleterre comme en France, reçut dans ses mains les premiers testaments que l'on rencontre, les temples païens les conservèrent au paravant dans leurs murs.

En Angleterre, les gens d'Eglise se livrèrent à de regrettables abus de ce côté et se crurent fondés à rendre nécessaires des legs qui auraient du relever de la plus entière liberté de conscience[1].

Lorsqu'un défunt mourait intestat, dès les premiers temps, ils eurent la prétention de s'approprier ses biens pour assurer son repos éternel en les distribuant à de pieux usages. Voilà l'origine d'une institution dont les attributions sont presque de tous points semblables à celle de l'exécuteur, je veux parler de l'administrateur. On le voit apparaître au XI^e^ siècle en France. L'évêque en joue le rôle, mais

[1] « Au nom de l'Eglise et des pauvres, le clergé s'appropriait en fait tous les biens du décédé ». Stephen, *Commentaries on the a ws of England*, p. 230.

le seigneur du lieu lui dispute sa prérogative et finalement, sous l'influence des parlements hostiles à cette mesure, l'institution disparut. En Angleterre, au contraire, elle était appelée à une longue vie aux côtés de l'exécuteur testamentaire. Loin de continuer à cacher une spoliation au profit exclusif de l'Eglise, l'administrateur en vient à assurer le payement des dettes dans les limites des biens. (Statut de Westminster, 13 Edw I). Mais le *residuum*, après le payement des dettes, resta encore dans les mains des prêtres, pour être appliqué aux œuvres religieuses. Aussi, le législateur intervint-il pour empêcher l'Ordinaire de garder l'administration dans ses mains ou dans celles de ses représentants. Un statut d'Edouard III (31 Edw III c II) lui enjoignit de choisir les parents ou les amis les plus rapprochés du défunt pour remplir ce rôle sur les biens personnels auxquels seuls prétendait l'Eglise. Au cas de succession testamentaire, l'exécuteur est chargé de faire attribution à l'Eglise des biens dont le testateur a disposé en sa faveur. Le moyen le plus sûr pour cette puissante bénéficiaire d'éviter tout danger de perte dans la transmission est d'investir ce personnage de toute la fortune du décédé, à l'exception des immeubles que la loi féodale maintient en dehors de toute libre disposition.

L'homme choisi par le testateur est toujours un sujet digne de confiance. Comme l'ensemble des biens du défunt passe sur sa tête, tous les autres légataires doivent s'adresser à lui pour obtenir leurs

libéralités testamentaires. Créé pour assurer les bénéfices faits à l'Eglise, il protège l'exécution de toutes les dispositions testamentaires. Les civilistes ne craignent pas de dire que l'héritier du droit romain s'appelle en Angleterre l'exécuteur.

Sans aller jusque-là, en France, sa mission de confiance auprès du mourant, dont il doit exécuter les volontés au profit des œuvres pies, l'a conduit à veiller à ce que toutes ses dispositions soient remplies. Lorsqu'il en était nommé un, les tribunaux reconnaissaient cette extension de ses pouvoirs, mais sa mission à cet égard parut toujours facultative, tandis qu'en Angleterre, les juridictions ecclésiastiques procédaient d'office au choix d'un semblable personnage lorsque le testateur n'y avait pas pourvu. Toutefois, certaines coutumes investissaient l'évêque du pouvoir d'assurer les legs pieux si l'héritier répudiait la succession ou en négligeait le payement [1].

Les legs pieux, tant en France qu'en Angleterre, cachaient souvent un intérêt public derrière l'intérêt confessionnel. Ils comprenaient, en effet, nous disent les auteurs du temps, ce qui était légué pour le bien public comme « pour les réparations des ponts ou la sûreté des chemins[2]. »

Il était naturel que l'Eglise réservat la compétence de sa juridiction sur les conflits qui pourraient naître relativement à une institution créée dans son propre

[1] Sic Durand de Maillanne, *Dictionnaire de droit canonique* v° exécuteur testamentaire.

[2] Barbosa, *Traité de droit ecclésiatique*, lib. III, ch. 27.

intérêt. En Angleterre, elle n'y atteint pas sans difficultés. Certains jurisconsultes anciens estiment en effet que les cours laïques réclamaient ces causes au début[1] ; mais, dès le temps de Glanville, s'établit le droit exclusif des tribunaux ecclésiastiques. Il est à remarquer que, du XIII^e^ siècle à l'année 1857, les choses restèrent dans cet état, quoique dans les autres pays, cette matière ait été depuis longtemps soumise aux juridictions civiles.

Le *Court of Probate Act* (1857) complété par les 21 et 29 *Vict* c 95 statuts ont donné juridiction sur ce point à la *Court of Probate*, nouveau tribunal alors créé et d'un caractère séculier. La juridiction fut ensuite accordée à la Haute-Cour de Justice par le *Judicature Act* de 1873.

La raison qui a fait conserver si longtemps cette compétence ecclésiastique est que la Réforme ayant solidarisé l'église et la nation, la royauté avait moins à redouter les empiétements d'un pouvoir qui ne relevait pas d'une autre direction que de la sienne propre.

Ajoutons que cette compétence ecclésiastique fit pénétrer dans la liquidation successorale des principes d'équité dont l'application tendit à sauvegarder les droits des créanciers du défunt et que la *common law* n'eut pas introduits, si ces causes eussent été portées devant ses tribunaux.

En France, la juridiction de l'Eglise ne s'établit

[1] Sic Pollock et Maitland, *op. cit.* p. 339.

jamais d'une manière incontestée. Jusqu'au IXe siècle, le ban royal reste seul compétent. Au XIIIe siècle, dans le comté de Clermont, les exécuteurs testamentaires peuvent s'adresser soit à la justice laïque, soit à la justice ecclésiastique. A Paris, on reconnaît au roi un droit de *prévention* en cette matière ; le parlement s'attribuait même une juridiction suprême sur les testaments. Mais, à partir du XIVe siècle, les droits de l'Eglise ne cessèrent de décliner et, à la fin de l'ancien régime, il n'était plus question de la juridiction de l'Eglise sur les testaments[1]. C'est alors le procureur général qui plaide au nom des pauvres, hôpitaux, et religieux mendiants[2] et fait exécuter les dons pieux en leur faveur. Toutefois, les prétentions des gens d'Eglise subsistèrent et maintinrent les droits de leurs tribunaux dans quelques coutumes. Au moment où écrit Furgole, seuls l'article 390 de la coutume de Meaux et l'art. 116 de celle de Troies ont conservé ce privilège de juridiction. De même, la coutume de Bretagne l'a gardé quant à la forme du testament. Les guerres de religion, dont le catholicisme sortit vainqueur, eurent ainsi en France le résultat opposé à celui du triomphe de la Réforme en Angleterre.

Aujourd'hui, en France, le souci des dons pieux d'autrefois a trouvé une véritable renaissance dans

[1] Sic F. Viollet, *Hist. du droit civil français*, livre IV p. 864.

[2] Sic *Traité des testaments, codiciles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté* par J.-B. Furgole, Paris, 1777, tom IV, p. 122.

la forme nouvelle d'un sentiment très développé, la solidarité, sous la pression duquel de nombreuses personnes établissent à leur décès de considérables libéralités. Un exécuteur sécularisé est né de ce mouvement, il a été, nous le verrons, le légataire universel.

La conservatrice Angleterre, ayant gardé tous les rouages de son organisation juridique première, n'a pas eu cette création à opérer.

CHAPITRE II

Nature de l'institution d'exécuteur testamentaire

Aucun doute sur la nature des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, en Angleterre et en France, dès qu'il apparaît. Il se présente comme un intermédiaire de succession, nanti d'un droit réel sur les biens dont la disposition lui est remise. Il doit, on le sait, ce caractère à ses rapports de filiation avec l'affatomie germanique qui repoussait toute idée de représentation. Mais bientôt son rôle s'aggrandit. On le charge de la liquidation de la succession.

Il devient en Angleterre le représentant de la personne du défunt pour ce qui concerne sa *personalty*. Le droit romain n'a pas tellement pénétré les esprits qu'il paraisse impossible de concevoir à côté du légataire universel un personnage qui présidera au payement des dettes de la succession, à l'acquisition des créances, et à la délivrance des legs. Seule l'idée d'une universitas juris, passant de la tête de l'un sur celle d'un autre, paraît empruntée au droit romain. Encore est-il qu'elle est fort obscurcie par la distinction entre les biens réels et personnels, les seconds seuls étant attribués à l'exécuteur jusqu'à ces derniers temps. Ajoutons encore que tant que l'exécuteur peut retenir par devers lui et à son profit personnel ce qui restait du montant de l'hérédité, les dettes

payées et les legs distribués, on est obligé de voir en lui un personnage ayant des droits propres et autonomes. Mais depuis 1830, (statut II Georges IV et I William IV c. 40) cette situation trop avantageuse lui a été retirée en dehors d'une mention expresse du testateur ; aussi doit-on s'accorder à voir strictement en lui un représentant du défunt.

Bien longtemps avant ce statut, une pratique courante privait l'exécuteur de ce bénéfice par une mention expresse du testament. Un légataire était choisi de préférence à lui pour recueillir le résidu de la succession.

La limite de ses droits comme leur étendue réside dans sa fonction de représentant. Il est aux lieux et places du défunt. Il peut, sur le désir de celui-ci exprimé dans un *will*, faire lui-même la distribution des biens à son décès. La transmission des créances et obligations du défunt dans ses mains devient si universellement admise que nous voyons qu'on mentionne dans les contrats passés par une personne que leur bénéfice ou leur charge incomberont à l'exécuteur, puis qu'on finit par sous entendre cette mention[1].

La nomination d'un exécuteur est aussi nécessaire pour soutenir l'ensemble d'une hérédité personnelle que l'était l'institution d'un héritier à Rome[2], avec cette différence que le défaut d'exécuteur choisi, loin d'entraîner la nullité des dispositions testamentaires

[1] Sic William, *Principles of the law of personal property*, p. 200.
[2] Sic Pollock et Maitland, *op. cit.* p. 334.

comme à Rome, nécessitait le choix d'un semblable personnage par les autorités compétentes.

Ces dernières furent tout d'abord les juridictions ecclésiastiques, puis la Cour *of Frobate* et enfin la Haute Cour de Justice.

Les Anglais n'ont pas redouté cette intervention des tribunaux dans les affaires privées, on les rencontre au contraire souvent auprès de l'exécuteur pour l'assister de leurs conseils et sauvegarder sa responsabilité dans le payement des dettes successorales.

L'ensemble de la *personalty* du défunt vient à former comme une personne morale, une universalité à la tête de laquelle est l'exécuteur. Cette universalité peut à la fois agir en justice ou y être actionnée. Dans les deux cas, elle aura le même mandataire, l'exécuteur. Les légataires en sont momentanément dessaisis pour assurer la préservation des droits des créanciers et leur remboursement le plus complet possible. La situation de l'exécuteur répond d'assez près à celle de notre syndic en matière de faillite. Comme ce dernier a pour mission essentielle de représenter les créanciers, l'exécuteur les représente, mais comme il représente aussi le failli lui-même, l'exécuteur a la double mission de représenter les héritiers; il est leur organe pour faire valoir les droits de la succession, qui sont les leurs. L'exécuteur est enfin chargé d'une troisième représentation. Il a conservé de son premier caractère d'homme de confiance du disposant le soin de faire respecter ses dernières volontés.

Il peut de ce côté agir contre les légataires qui se refuseraient à obéir à telle disposition que le testateur leur avait ordonné de suivre ou d'exécuter, comme il peut défendre, dans des querelles qui s'élèveraient entre eux au sujet de l'exécution du testament, les intentions vraies du testateur.

Le droit anglais n'a pas été effrayé par ce triple caractère revêtu par l'exécuteur, il lui a suffi que ce système présentât de sérieux avantages pour assurer les intérêts qu'il voulait défendre et pour procurer l'unité qui était essentielle à la célérité et à la bonne marche des opérations de liquidation héréditaire.

Cette représentation de l'exécuteur cesse dès lors que la situation est réglée selon les désirs du testateur. Sitôt qu'il a pleinement administré il doit rendre compte de ses actes et perd son titre d'exécuteur. Il se produit un changement dans son *status* juridique : il devient *trustee*[1] du montant des biens qui restent sans destination, au profit du plus proche parent, selon les lois de *descent*, autrement dit, il gère à leur avantage une fortune sur laquelle il n'a aucun droit de disposition.

Telle a été sa situation juridique jusqu'en 1897. Antérieurement à cette date, ses droits ne s'étendaient aucunement sur les biens réels du testateur. Ceux-ci passaient directement aux héritiers naturels, tant qu'on ne put pas en disposer, puis échurent *at law* à leurs destinataires.

[1] Stat II Charles II (1830) et 1 Guill. IV c. 40.

Il y avait là une situation très inégale qu'on ne s'expliquait que par la survivance de pratiques féodales et par le plus faible danger qu'il y avait de divertir cette catégorie de biens. Le Land Transfer Act de 1897 a supprimé cette différence.

Désormais les biens réels, à l'exception des *copyholds*[1], seront compris dans l'univertas juris du défunt que l'exécuteur représente. L'acte de 1897 ne crée pas un représentant réel de ces biens à côté du premier, c'est le même personnage qui revêtira une double qualité. De ce jour, l'exécuteur a sur la *realty* des droits comme sur la *personalty*, mais tandis que, pour un certain temps et sous condition, selon l'expression de M. Stephen, il avait sur la *personalty* les droits mêmes qu'avait le défunt, c'est-à-dire la propriété, rien de semblable ne se passe pour les biens réels. La première sous-section du § II de l'acte nous avertit qu'il se contente d'en devenir *trustee* dès le jour du décès, tandis que nous savons que l'exécuteur ne prend ce caractère relativement aux biens personnels que lorsqu'il a terminé son administration. Contrairement à ce qui se passe pour les biens personnels légués dont les légataires n'acquièrent jusqu'à la délivrance par l'exécuteur qu'une *inchoate property*, sorte d'*in bonis*, les légataires de biens réels acquièrent la propriété de leurs legs du jour du décès du testateur.

[1] Les Copyholds sont des tenures dont l'unique titre consiste en une copie du rôle ou registre du manoir dont relève la terre. Le § IV de l'acte de 1897 les excepte.

Nous ne rencontrons rien de semblable en France. Dès l'apparition de l'exécuteur dans le cours du moyen âge, son caractère d'intermédiaire de succession, investi d'un véritable droit réel ne saurait échapper puisqu'on le voit même devoir garantie. L'exécuteur a sur la succession un pouvoir qu'on appelle *potestas*. Mais lorsque le testament fut adopté dans le Midi, cette institution unique jusque là prend des formes diverses selon les provinces qu'on envisage. Quelques exécuteurs ont de larges pouvoirs, sont des distributeurs de biens fournissant leur *autoritas* aux légataires. Le mourant les préfère aux héritiers naturels pour les legs. Il peut même les charger de disposer à leur gré de ses biens après sa mort, c'est le testament par *commissaire*.

Ces exécuteurs ont le droit d'actionner les héritiers en délivrance des biens dont ils doivent assurer la dévolution.

D'autres sont de simples détenteurs plutôt que des propriétaires. Ils n'ont qu'un droit de surveillance et lorsqu'ils ont à opérer eux-mêmes l'attribution des biens du défunt, ils ne peuvent le faire que si l'intention du décédé est que sa fortune soit distribuée *ad pias causas*.

Ces derniers, on le comprend, se rencontrent dans les pays de droit écrit. Dès le XV^e^ siècle, les juristes s'efforcent d'y voir de vrais mandataires du défunt chargés de surveiller et d'activer l'exécution du testament.

Jusque là, au contraire, les traditions germani-

ques hostiles à toute représentation et les règles de droit romain qui défendaient tout mandat *post mortem mandantis* s'opposaient à cette conception. Furgole[1], parlant de ces deux sortes d'exécuteurs, les désigne tous les deux sous le nom d'exécuteurs onéraires et honoraires.

Ni les uns ni les autres ne sont de l'essence des testaments et, nous dit Ferrières[2], il n'y a aucune coutume qui requière un exécuteur testamentaire pour la validité d'un testament, même dans les pays de coutume où le de cujus ne peut faire que des légataires et non des héritiers. D'où il suit, ajoute Ferrières, que si le testateur n'en a pas nommé, les légataires ne peuvent demander qu'il en soit choisi. Ce caractère facultatif de l'exécuteur le différentie profondément de la situation faite à celui d'Angleterre dont la présence est indispensable.

On est par ce fait obligé de voir dans ses pouvoirs moins de force et d'étendue que dans ceux de ce dernier.

A côté de l'institution d'héritier, il n'est plus *loco heredis*, il constitue uniquement une mesure de protection contre les négligences ou les fraudes dont les héritiers légitimes, qui étaient en possession des biens du testateur au jour de son décès, auraient pu se rendre coupables; il ne conserve son ancien caractère que vis-à-vis de certains legs pieux dont il est

[1] Furgole, *op-cit*, sect. IV.
[2] Ferrières, *Sur Paris*, art. 299, n° 21.

chargé. L'idée de représentation successorale se restreint et disparaît du domaine de ses attributions devant celle de mandataire du défunt. En même temps s'efface la vocation qu'avait l'exécuteur testamentaire à recueillir ce qui restait de la succession pour le distribuer comme il lui plairait *ad pios usus*. Cette faculté laissée à l'exécuteur, moins grande que celle de l'exécuteur anglais qui pouvait s'approprier ce résidu, a amené naturellement dans les pays coutumiers l'usage du légataire universel qui prenait pour lui le *remanant* de l'hérédité. Ce mouvement se produisit à la fin du XIV^e^ siècle.

Les coutumes privent en même temps l'exécuteur de la saisine sur les immeubles.

Lorsqu'à la séance du 27 ventose an XI (18 mars 1803) sont venus en discussion devant le Conseil d'Etat les articles qui devaient règlementer notre institution, on adopta sans débats le texte proposé, qui, loin d'étendre les pouvoirs de l'exécuteur des pays de coutume à celui des pays de droit écrit, lui fait au contraire une très faible part d'attributions, ou mieux, sans lui réserver aucun rôle légal, ne laisse aux particuliers qui voudraient avoir recours à ses services qu'une faible marge de liberté. Le Code ne se prononce pas expressément sur la nature du pouvoir de l'exécuteur qu'il conserve.

La majorité des auteurs est partisan de la théorie du mandat, à la suite des premiers glossateurs romanistes qui eux aussi avaient réclamé l'assimilation.

Mais nos anciens auteurs, dont Furgole, avaient

coutume d'ajouter qu'il ne fallait voir ces rapports qu'autant que la chose peut le comporter[1].

Ce mandat posthume diffère au demeurant du mandat ordinaire qui se donne entre vifs. La mort du mandant n'y met pas fin, mais tout au contraire le fait naître ; il ne peut être conféré que par testament et enfin ne peut être accepté par un incapable. Devant ces différences, M. Laurent[2] conclut que l'exécution testamentaire est un mandat spécial organisé sans tenir compte du droit commun.

D'un autre côté, les auteurs modernes, qui se sont tous rangés à la conception du mandat pour qualifier la nature des fonctions de l'exécuteur testamentaire, ne s'entendent pas sur la question de savoir précisément de qui l'exécuteur est le représentant.

Les uns prétendent qu'il est le mandataire, nommé par le testateur, des héritiers et des légataires[3].

Les autres assurent qu'il est le mandataire du testateur seulement et qu'il ne ne représente ni les héritiers ni les légataires[4]. En effet, c'est le testateur seul qui désigne l'exécuteur testamentaire, c'est de lui seul qu'il tient ses pouvoirs, il est donc bien son mandataire. En outre, s'il était le mandataire des héri-

[1] Le Brun, toutefois, parle encore de représentation à son sujet. Il s'agit pour lui de la représentation pour l'exécuteur tant de l'hérédité que de l'héritier « Ego dico quad hæredem vel hereditatem repræsentat. »

[2] Laurent. *Principes de droit civil français*, tom. XIV, section IV, n° 322.

[3] Sic Aubry et Rau, tome VI p. 131.

[4] Sic Duranton, tom. V n° 190. Demolombe, tom. V n° 5. Baudry-Lacantinerie et Colin, tom. X n° 2583.

tiers, ceux-ci devraient avoir la faculté de le révoquer *ad nutum*, or, ils doivent le subir pendant toute la durée de l'exécution, quoiqu'ils aient un moyen de faire cesser sa saisine.

De plus, peut-on le dire le mandataire des héritiers lorsqu'il agit contre eux en délivrance d'un legs qu'ils ne veulent pas transmettre contrairement aux volontés du testateur.

Ce sont là de pures controverses doctrinales sans intérêt pratique car tous les auteurs s'entendent sur complexité des pouvoirs de l'exécuteur. La vraie nature de l'exécuteur est celle d'un successeur à la masse héréditaire grossie de ses créances, diminuée de ses dettes, telle qu'elle a été divisée par la pensée du testament.

Pourquoi ne pas se libérer complètement du souci de faire rentrer toutes les opérations juridiques dans quelques rares catégories, quitte à les déformer ou à en fausser le jeu ?

Dans les limites que lui a tracées le Code, l'exécuteur sera ce que la volonté du défunt l'aura fait, sauf le respect dû aux droits de l'héritier réservataire ou du légataire universel. L'exécution testamentaire est une institution propre qui se rapproche du mandat lorsqu'elle remplit les derniers désirs mortuaires du défunt, mais qui va bien au delà des termes d'un mandat de droit commun lorsqu'elle procède au partage successoral par voie de vente des immeubles, comme l'admettent de nombreux arrêts ; ou lorsqu'elle fait attribution de biens à une œuvre charita-

bie créée par ses soins. Cette conception de la nature originale et personnelle de l'exécuteur testamentaire a l'avantage de conserver quelque souvenir de son origine en même temps qu'elle explique très bien le mouvement jurisprudentiel qui voit dans le légataire avec charges qui ne doit conserver aucun émulument de sa gratification un simple exécuteur d'un genre nouveau.

Il paraîtrait du moins qu'on ne peut regarder la succession mobiliaire comme une personne morale indépendante à laquelle succèderait l'exécuteur, ainsi qu'en Angleterre, car en France nous avons des textes contraires qui remettent ces biens en propriété à l'héritier ou au légataire universel dès le jour du décès.

Mais cette propriété des héritiers ne s'oppose pas à ce que l'exécuteur ait pour leur compte un véritable droit temporaire sur les biens mobiliers, pour en disposer selon l'état du patrimoine du défunt et les charges dont il est grevé.

Bien plus, cette quasi représentation de l'hérédité en partie double par les héritiers et l'exécuteur testamentaire perd ce qu'elle pourrait avoir de choquant devant la faculté laissée aux héritiers de la faire cesser pour partie en payant eux-mêmes créanciers et légataires.

Les immeubles successoraux échappent en général aux pouvoirs de l'exécuteur[1], quelques arrêts ont

[1] Sic. Furgole, *Des testaments*, ch. X, sect. 10 n° 15.

pourtant admis la validité de leur vente consentie selon le désir du défunt. Dans notre ancien droit, jamais une semblable disposition testamentaire ne fut validée, sauf dans les premiers cas d'exécution, alors qu'il fallait doter quelque institution religieuse. La jurisprudence admet sans hésitation cette transmission des immeubles sur la tête de l'exécuteur lorsqu'il apparaît comme un légataire avec charges qui doit se déposséder de tout ce dont il a été investi.

Notre droit se rapproche alors de la pratique anglaise et par un artifice dans l'acte de disposition, on réalise une assimilation dont l'effet va jusqu'à modifier la nature de notre personnage. Un seul point reste constant dans son caractère, la dépendance de ses attributions dont la volonté testamentaire fixe les droits et limite les pouvoirs.

CHAPITRE III

Saisine

Avant de nous étendre sur la saisine de l'exécuteur, il est bon de rappeler que la notion de saisine inconnue du droit romain a été empruntée au droit germanique. D'un caractère très souple et très flexible, très voisine de la propriété, mais susceptible de modalités étrangères à cette dernière, elle comporte le droit de s'emparer d'un objet et d'en percevoir les fruits. Pourtant, dès qu'elle apparaît, à la fois sur les meubles et les immeubles, elle est concédée par une tradition réelle ou fictive entourée d'une certaine publicité. Elle est alors irrévocable car elle nait d'un acte entre vifs. Dans quelques rares cas, la tradition est inutile, mais c'est qu'on est alors en présence de personnes qui se trouvent au décès du disposant en possession des biens qu'elle doit comprendre.

Lorsque le testament s'est introduit, il a évité la nécessité d'une tradition pour l'ensaisinement de l'exécuteur, dans l'acte testamentaire. L'exécuteur ainsi nommé n'était saisi que lorsque les légataires universels ou les héritiers acceptaient la succession. Dans les provinces du nord, il subsiste toutefois quelque chose de l'ancienne tradition dans le fait de la remise du testament aux exécuteurs, acte qui constitue une tradition fictive.

En Angleterre, la nécessité d'une tradition faite à l'exécuteur n'a jamais existé pour la *personalty*. La simple expression de volonté du disposant suffit pour la mettre en son pouvoir. En effet, avant le XIII^e^ siècle, dire que dans cette contrée une personne pouvait être saisie ou avoir la saisine des *chattels*, c'eût été commettre un solécisme [1].

La saisine fut au contraire, dès les origines, un attribut essentiel de la propriété sur les immeubles, ainsi qu'il en était dans le droit germanique. Seul celui qui la possédait pouvait disposer de sa propriété.

Malgré cette marche suivie par la saisine qui, des terres, passa aux biens mobiliers, lorsque, assez tardivement, elle tomba au nombre des attributions de l'exécuteur testamentaire, elle ne comprit que les biens personnels et ne porte sur les biens réels que depuis 1897.

Dès que la saisine apparait avec les premiers exécuteurs, elle a un rapport étroit avec la transmission de la propriété qui ne s'accomplit pas immédiatement au profit du gratifié, mais se fait par l'intermédiaire de l'homme de confiance du défunt. L'Angleterre est restée fidèle à cette manière d'envisager la saisine de l'exécuteur. Elle ne s'est jamais bornée à y voir une possession précaire, le simple droit pour l'exécuteur de se mettre en possession des meubles de la succession, mais elle la considère comme exclu-

[1] Pollock et Maitland, *History of english law*, tome II, p. 32.

sive de la saisine des héritiers naturels ou des légataires.

Bien plus, la saisine de l'exécuteur testamentaire nait transmissible par le testament de l'exécuteur choisi, sauf qu'il ait été nommé plusieurs exécuteurs. Dans ce dernier cas en effet, la saisine se restreint aux derniers survivants, selon la règle applicable aux *joint tenants* dont la situation juridique est celle des exécuteurs vis-à-vis de la *personalty* du défunt. La saisine de l'exécuteur sera, il est vrai, borné à un court laps de temps, une année, mais tant qu'elle durera, la propriété des différentes personnes appelées à la succession personnelle du défunt sera incomplète, démembrée de ce puissant attribut qui facilitera la tâche de liquidation de l'exécuteur.

Pour les hoirs réels seuls, la vieille maxime « le mort saisit le vif » s'appliquera dans la rigueur de son acception; pour les biens personnels, il appartiendra à l'exécuteur, seul saisi du jour du décès, d'accorder la délivrance des biens que la loi lui remet.

Cette saisine nécessaire, quoique temporaire, de l'exécuteur lui assure le libre exercice de ses devoirs de liquidateur. En face des légataires, la situation de l'exécuteur est si forte que bien des légistes ont pu dire que pour ce qui regarde la *personalty*, il représente en Angleterre l'héritier du droit romain. Mais, qu'on ne s'y trompe pas, le droit romain n'a été pour rien dans ce résultat, car il ignorait la saisine; les origines historiques de l'exécuteur jointes à la pression de l'Eglise qui tira bénéfice de l'institution suffisent à

l'expliquer. Lorsque le Land Transfer Act voudra comprendre la *realty* dans le cercle des pouvoirs de l'exécuteur, le *statute law* sera moins généreux que le fut le *common law* à l'endroit de la *personalty*. Le titre légal qui lui fera commander cette masse de biens, celui de *trustee*, la confiera dès le jour du décès aux ayants droit. La saisine qui reste au *trustee* est une saisine de fait, qui laissera coexister tout près d'elle une saisine de droit en la personne des légataires ; situation complexe qui avait jusque là échappé à l'esprit de l'institution.

Cette scission entre les légataires d'une part et l'exécuteur de l'autre, au sujet de la saisine, s'acclimata au contraire de très bonne heure sur le sol français.

Tant que l'exécuteur resta un distributeur d'aumônes et de dons pieux, il garda la saisine exclusive des biens. Lorsque ses pouvoirs s'étendent avec *l'executor generalis* à l'ensemble du patrimoine, il la conserve encore, sauf un certain droit d'opposition réservé aux héritiers ab intestat, mais au XIV^e^ siècle, nos anciennes coutumes s'efforcent de détruire sa saisine au profit de l'héritier dans les pays de droit écrit, comme elles la restreignent au profit du légataire dans les pays de coutume.

Dans ces derniers, la maxime « le mort saisit le vif » l'emporte et la véritable possession civile passe en la personne du légataire dès la mort du testateur. L'exécuteur n'a sur les biens qu'une possession naturelle, il ne possède qu'au nom de l'héritier. Jusqu'au

début du XIVe siècle au contraire, l'exécuteur était regardé comme un *quasi heres*, même par certains romanistes et les légataires et héritiers tiraient de lui leur ensaisisement. Jusqu'à ce moment ils n'avaient qu'une propriété en expectative. En même temps que *l'executor generalis* s'est tranformé en légataire universel dans les pays de coutume, ou a été remplacé par l'institution d'héritier, dans ceux de droit romain, sa saisine s'est demembrée au profit de ces personnages qui devaient le supplanter. Sa saisine n'est plus qu'en fonction de la leur.

L'héritier institué, comme le légataire universel peuvent la faire cesser en lui remettant les sommes nécessaires pour exécuter le testament.

Ferrières[1] dira plus tard que « les exécuteurs ne font que prêter leur ministère en prennant les choses léguées des mains de l'héritier pour les livrer aux légataires. » Au cas de divertissement des objets successoraux, l'exécuteur n'avait pas les interdits possessoires contre l'héritier ; ce qui montre bien que l'héritier avait seul la sasine de droit de ces objets.

Pothier[2] dit en propres termes que cette saisine n'est pas une vraie possession ; à ses yeux l'exécuteur est par cette saisine constitué séquestre, il n'est en possession qu'au nom de l'héritier, c'est l'héritier qui est le vrai possesseur de tous les biens de la succession. C'est la doctrine de Dumoulin qui, sur l'article 95 de Paris dit : « cette coutume ne fait pas que

[1] Ferrières, *op. cit.*, n° 22.
[2] Pothier, *op. cit.*, p. 454.

l'héritier soit saisi *ut dominus*, mais elle fait que l'exécuteur peut apprehender. »

Ce dédoublement de la saisine ne s'était pas opéré en Angleterre où l'exécuteur avait conservé une saisine parfaite.

En Angleterre, nous savons que la saisine ne s'étendit jamais au *real estate* du défunt. Seul le *personal estate* lui fut attribué. Encore est-il que la saisine put comprendre même les biens personnels dont le testateur ne pouvait pas disposer et qui constituaient, au nombre des deux tiers de sa fortune, une réserve au profit de la femme et des enfants du décédé. Sur cette partie de la succession, la saisine de l'exécuteur s'est toujours conservée en Angleterre, comportant même une vocation à l'ensemble des biens dont le testateur n'aurait pas disposé.

Bien des différences existaient en France entre les différentes coutumes pour savoir quels biens elle comprennait.

Après avoir compris les immeubles comme les meubles dans la plupart d'elles, cette saisine ne portait plus que sur le mobilier[1]. Telle était la coutume

[1] Bacquet (*Du droit de bâtardise*, ch. VII, n° 5) donne une énumération des meubles dont l'exécuteur testamentaire a la saisine. Ce sont les deniers comptant, la vaisselle d'argent, les ustensiles d'hôtels, les habits, bagues, joyaux, les dettes actives, les arrerages et rentes, louages de maisons, moissons de grains dus et échus au jour du décès du testateur, mais non pas les fruits, moissons, louages qui échéront pendant l'an de la saisine. Ces choses étaient regardées comme immeubles par rapport à l'exécuteur testamentaire, car le testateur n'a pu lui donner la saisine que du mobilier existant à son décès.

de Paris, article 297, celle de Clermont, article 134, de Reims, article 293 et de Troyes, article 99.

Elle portait aussi sur le revenu des immeubles (arrêt du Châtelet 11 février 1616) ; mais elle ne comprennait pas en général les immeubles, ainsi le décida une enquête par Turbes faite par le Châtelet en février 1575. Quelques coutumes, dont celle d'Orléans (art. 190) décidaient néanmoins le contraire ; d'autres la restreignaient aux acquets, comme la coutume d'Anjou (art. 291) ou même, comme celle du Nivernais, ne la faisaient porter sur les acquêts qu'au cas d'insuffisance des meubles.

Toujours est-il que le testateur ne pouvait donner à son exécuteur la saisine sur les immeubles dans les pays où la coutume ne l'admettait pas, telle est la solution qu'admit le Châtelet de Paris (arrêt de 1575). C'est l'avis de Pothier [1] qui reprend à ce sujet celui de Ricard.

Cette saisine gêne les héritiers ou légataires en les privant de la disposition du mobilier, aussi de très bonne heure, on se demande si les légataires ne pourraient pas obliger l'exécuteur à se dessaisir en lui offrant caution. La majorité des coutumes ne le permettaient pas [2] mais d'autres l'ont admis. Cette question ne se posa jamais en Angleterre où l'institution d'exécuteur était obligatoire et où, on le sait,

[1] Pothier, *op. cit.*, p. 456.

[2] Pothier était hostile à toute extension de ce genre (*Des donat. test.* c. v sect. I, art. 11, § 3) Ricard pensait de même (Partie II, n° 78).

à défaut de choix fait par le testateur, se produisait une intervention judiciaire pour y pourvoir.

Dans le désir d'entrer promptement en possession des avantages testamentaires qui lui étaient faits, l'Eglise avait obtenu qu'on fixât à un an et un jour la durée de la saisine de l'exécuteur. Ce délai est resté obligatoire en Angleterre et en France. Mais, tandis qu'en Angleterre il constitue un terme qui permet à l'exécuteur de ne s'acquitter de sa mission que dès son accomplissement, en France au contraire, ce délai doit être employé par l'exécuteur à remplir son rôle. Pothier le regarde comme fatal : « lorsque, dit-il, l'exécuteur a été saisi ou a pu l'être, l'an court; et, après l'an révolu, l'exécuteur ne peut plus demeurer en possession, quoique le testament n'ait pas été ou n'ait pas pu encore être exécuté. C'est pourquoi, quand il y aurait des legs dont la condition ne dut exister qu'après l'année, l'acquittement de ces legs, lorsque la condition viendrait à exister, ne concernerait plus l'exécuteur [1]. » Il ne faut pas confondre l'exécution testamentaire et la saisine. La seconde peut être éteinte et la première durer encore tant que le testament n'est pas entièrement exécuté, même l'année écoulée.

Il nous reste à étudier les dispositions du Code civil en ce qui concerne la saisine de l'exécuteur. L'article 1026 du Code civil a fait une côte mal taillée entre ce qui se passait dans les pays de droit écrit et

[1] Pothier, *loc. cit.*

ceux de coutume. Le Code ne maintient pas de plein droit la saisine à l'exécuteur, mais il laisse au testateur la faculté de l'en investir. Toutefois la saisine qu'il peut lui accorder ne fait pas obstacle à celle que la loi concède aux héritiers légitimes (art. 724) ou au légataire universel [1] dans le cas de l'article 1006.

La saisine de ceux-ci est une saisine de droit, conférant tous les avantages de la possession tandis que la saisine de l'exécuteur est de fait; il possède à peu près comme un dépositaire, c'est-à-dire non pour lui-même, mais pour les légataires ou l'héritier auxquels il doit rendre compte [2].

La solution contraire admise par certains auteurs [3] est fausse. En effet, le texte de l'article 1026 est absolu et ne distingue pas suivant qu'il y a ou non des héritiers réservataires.

L'ancien droit ne connaissait pas, non plus, de distinction, car les coutumes qui avaient conservé au profit de l'exécuteur la saisine des immeubles comprenaient dans cette saisine les biens qui constituaient la réserve coutumière.

La loi porte que le testateur peut donner à l'exécuteur testamentaire la saisine de tout le mobilier ou d'une seule partie. L'innovation du Code se comprend en présence du grand développement pris par la fortune mobiliaire. Si le testateur n'eut pas eu la faculté

[1] Sic Paris, 18 décembre 1871, D. 73. 2. 15.

[2] Sic. Demolombe, *op. cit.* n° 55 ; Laurent, *op. cit.*, n° 339.

[3] Duranton, t. IX, n° 401 ; Aubry et Rau, t. VII, n° 711, texte et note 28.

de restreindre la saisine à une partie du mobilier, peut-être ne l'eût il pas accordée, car il eût dû y comprendre l'ensemble de sa fortune, au cas où il n'aurait pas possédé d'immeubles.

Par mobilier il faut entendre tous les droits mobiliers sauf les droits mobiliers que le défunt n'aurait pas pu céder. D'après l'article 535 on entend par mobilier tout ce qui est censé meuble d'après les règles que la loi établit. On doit y comprendre non seulement les meubles corporels, le numéraire, les bijoux, mais encore les biens incorporels.

Quant aux revenus des immeubles, il faut distinguer suivant qu'ils sont échus au jour du décès du testateur ou qu'ils viennent à échéance dans l'année de la saisine. Les premiers seuls tombent aux mains de l'exécuteur. Le testateur ne peut en effet lui remettre des revenus qui ne lui ont jamais appartenus.

Que décider en ce qui concerne les immeubles ? Le testateur peut-il les comprendre dans la saisine de l'exécuteur ?

En général le silence du code à leur endroit est interprêté d'une manière restrictive par les auteurs[1]. Ils en donnent pour raison que les motifs pour lesquels la loi permet de donner la saisine du mobilier à l'exécuteur n'existent pas pour les immeubles ; les

[1] Sic. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations*, tome II, n° 2650 ; Demolombe, *op. cit.*, n° 47 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, n° 453 ; Laurent, *op. cit.*, n° 330 ; Contra Delvincourt, t. II, p. 373.

légataires ont un moyen simple et énergique de garantir leurs droits, c'est de prendre inscription sur les immeubles et de demander la séparation des patrimoines.

Pour nous, ces moyens coûteux seraient remplacés très équitablement par la validité de la clause dont nous parlons. On serait mal venu à prétendre qu'il y a dans ce procédé quelque chose de contraire aux lois en ce qu'il permet au testateur de commander encore de dans sa tombe. Cette attribution donnée à l'exécuteur ne diminue en rien l'étendue des droits des légataires qui la retrouveront entière à l'expiration d'une année. Elle peut au contraire éviter bien des difficultés dans la dévolution des immeubles dont le partage amiable fait en nature par l'exécuteur éloignerait des conflits certains. Quoique divers arrêts[1] refusent ce pouvoir à l'exécuteur, il paraitrait plus logique de le lui concéder vu la liberté plus grande que la jurisprudence lui donne, en admettant la validité de la clause qui l'autorise à vendre les immeubles héréditaires pour en partager le prix entre les héritiers ou légataires.

Ajoutons encore que le légataire universel sans émolument peut être saisi d'immeubles dans une situation à peu près équivalente à la sienne.

[1] Remarquons que l'arrêt le plus récent sur la matière, Lyon, 26 août 1864, D. 67. 1. 200. prohibe bien il est vrai ce mode de disposition, mais qu'en l'espèce, la Cour était en présence d'une saisine qui était indéterminée dans sa durée en même temps qu'elle portait sur des immeubles.

D'un autre côté, l'article 1026 dit que la saisine de l'exécuteur testamentaire ne pourra durer au delà de l'an et jour, à compter du décès du testateur.

Le projet conçu par le tribunat était rédigé comme suit : « le testateur pourra donner la saisine pendant l'an et jour », ces mots limitaient sa durée, mais le tribunat pensa qu'il fallait dire d'une manière plus claire que la saisine, dans aucun cas, ne pourrait durer au delà de l'an et jour, et l'on vota le texte qui a passé dans notre Code. Aucun doute n'est donc possible de ce côté sur la nullité d'une clause du testament qui voudrait étendre la durée de la saisine de l'exécuteur. Les auteurs du Code civil redoutaient que, sous l'excessive longueur de la saisine de l'exécuteur, on ne déguise une substitution. On n'a plus à craindre aujourd'hui ce danger, mais il reste vrai qu'une semblable possession accordée à l'exécuteur au delà du délai qui lui est légitimement accordé pour satisfaire aux obligations de sa charge serait une gêne inexplicable pour les légataires, sans leur profiter en rien. Si le testateur leur fait une libéralité, encore est-il que cette libéralité doit porter avec elle la libre détention et administration des biens qu'elle comporte ou ne pas exister du tout.

Les tribunaux ne pourraient pas prolonger la durée de la saisine sur la demande de l'exécuteur [1], plus que les particuliers, ils doivent le respect des principes essentiels du droit ; on ne saurait alléguer de

[1] Contra, arrêt du 18 décembre 1871, Paris, D. 1873. 2. 15.

légitimes raisons pour leur laisser cette facilité car, dessaisi des meubles, l'exécuteur peut encore remplir sa mission de surveillance sur la réalisation des volontés du défunt et agir en justice pour faire le testament sortir son plein et entier effet.

Il a été ainsi jugé que l'on doit annuler la disposition par laquelle un testateur, en créant une fondation destinée à pourvoir à perpétuité à l'éducation et à l'apprentissage de ses parents collatéraux, institue, pour assurer l'accomplissement de ses volontés, des exécuteurs testamentaires dont il prolonge indéfiniment la saisine et auxquels il confère le pouvoir de se donner indéfiniment des successeurs [1].

Une année suffit à l'exécuteur pour réaliser le mobilier et ce serait encourager sa négligence que d'admettre une prolongation de sa saisine.

Toutefois, au cas où le testament n'aurait pas été découvert immédiatement après le décès du testateur, le délai d'un an ne commencerait à courir alors que du jour où il aurait été connu.

L'effet actuel de la saisine de l'exécuteur consiste pour lui dans le pouvoir de se mettre en possession des meubles de la succession sans jugement et sans demande. Ce droit comprend celui de faire rentrer dans le patrimoine mobilier du défunt les valeurs qui peuvent en être sorties. Il peut toucher les capitaux dûs à la succession car ils sont compris dans le mo-

[1] Pau, 7 décembre 1861, D. 63. 5. 164 ; Alger, 20 janvier 1879, D. 79. 2. 143.

bilier. Il en est de même des revenus échus au jour du décès du testateur.

La saisine ne produit d'autre effet que de procurer la possession et les conséquences que procure cette dernière. Saisine et propriété qui étaient intimément liées autrefois se son nettement séparées. Lorsque l'on se demande si l'exécuteur testamentaire doit payer les dettes, ou si on peut valablement adresser contre lui une demande de délivrance de legs mobilier, on supposera il est vrai qu'on est en présence d'un exécuteur saisi, mais les solutions adoptées ne devront pas s'expliquer par la saisine de l'exécuteur mais par sa qualité d'exécuteur. Si la question ne se pose pas pour l'exécuteur non saisi c'est par une raison de fait, non de droit. Il n'y a pas d'intérêt pratique à demander à un personnage qui agit pour d'autres le payement ou l'acquittement de sommes ou de legs qu'il ne doit personnellement pas et dont il n'a pas le montant dans les mains.

Aux termes de l'article 1027 « l'héritier pourra faire cesser la saisine en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires la somme suffisante pour le payement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce payement. »

Le Code a estimé qu'il pouvait y avoir un intérêt pour les héritiers à ne pas se dessaisir des meubles héréditaires qui se trouvent peut être déjà en leurs mains au décès du testateur. A condition de ne faire souffrir en rien les intéressés de leurs préférences, ils peuvent priver l'exécuteur de sa saisine. Cette mesure

de faveur pour les héritiers se justifie pleinement, puisqu'elle aboutit à une liquidation encore plus simple et plus rapide que celle qu'aurait poursuivie l'exécuteur testamentaire.

Il a été jugé[1] que l'un des héritiers n'a pas besoin du concours de ses cohéritiers pour exercer le droit que lui donne l'article 1027. On a dit à juste titre que le role de l'exécuteur testamentaire se réduisait à une charge dont il pouvait toujours être relevé et non à un droit dont on ne saurait le priver.

Le droit anglais moderne n'admet pas cette faculté laissée aux héritiers ou légataires de faire cesser la saisine de l'exécuteur en lui remettant des deniers suffisants pour liquider la succession. L'institution de l'exécuteur testamentaire est en effet restée à ses yeux d'ordre public, ses services ne sont pas laissés à l'appréciation des citoyens et son rôle s'impose.

Si l'on se rappelle que c'est seulement depuis 1830 que l'exécuteur anglais est privé de la qualité qui l'appelait, en dehors de toute clause contraire, à recueillir l'ensemble des biens qui restaient d'une succession après que les dettes et les legs eussent été acquittés, on comprendra que sa vocation à cet émolument ait empêché les héritiers et légataires de faire cesser sa fonction.

Cette conséquence de son ancienne qualité a subsisté malgré la restriction de son pouvoir de ce côté.

Les auteurs mêmes qui s'accordent à refuser à

[1] Bruxelles, 4 août 1852. *Pasicrisie*, 1853. 2. 26.

l'exécuteur testamentaire le droit de payer les dettes héréditaires se plaisent à lui octroyer celui de toucher les sommes dues à la succession et d'en donner valable quittance. Il y voient une conséquence de la saisine dont il est investi. Nous y verrions plus volontiers la suite du droit même de l'exécuteur. Mais pourquoi cette dernière ne produirait-elle pas du côté passif les effets qu'elle produit du côté actif ? En dehors des raisons tirées de la nature du pouvoir de l'exécuteur et de son fonctionnement dans le passé, il y a là un argument d'analogie qui devrait avoir sa valeur auprès de ces derniers.

Ce droit comportait autrefois la validité des poursuites engagées lorsqu'il y avait lieu [1]. Pothier allait jusqu'à déclarer l'exécuteur testamentaire responsable de l'insolvabilité des débiteurs successoraux lorsque des poursuites exercées en temps utile eussent évité les pertes dont sa négligence fait souffrir les successeurs.

Aujourd'hui, malgré un arrêt en sens contraire de la cour de Bruxelles [2], les auteurs lui reconnaissent le même droit.

Laurent [3] apporte une large restriction à ce droit de poursuite de l'exécuteur testamentaire. A ses yeux, au cas où il y aurait des deniers suffisants pour payer les légataires, l'exécuteur n'aurait plus qualité pour

[1] Sic Pothier, *Donations testamentaires*, ch V. sect. I art. 2 et Ferrières *Institutes coutumières*, livre III, titre IV, art. 104.

[2] Dalloz, rep. v° Disposition, n° 4092.

[3] Laurent, t. XIV, n° 350.

poursuivre les débiteurs, car, dit-il, il n'agirait plus alors comme exécuteur du testament, mais comme représentant des héritiers, et ce ne serait pas là sa mission.

On ne comprend pas cette limitation du droit de poursuite de l'exécuteur en présence de la saisine qu'il possède. Celle-ci est en effet étendue à tout le mobilier que possédait le testateur sans se borner au mobilier nécessaire au payement des légataires, or les dettes sont comprises dans ce mobilier.

Les auteurs[1] réclament toutefois que, par prudence, on mette l'héritier en cause, au cas où un procès s'engage, pour lui rendre le jugement opposable. La chose jugée contre l'exécuteur testamentaire sans que l'héritier ait été partie au procès ne saurait en effet lui nuire, conformément à l'art. 1351, car l'exécuteur ne représente pas disent-ils l'héritier ou les légataires. On admet pourtant qu'un jugement favorable à leurs intérêts peut leur profiter sans qu'ils aient figuré dans l'instance.

N'y a-t-il pas dans le système des auteurs quelque inconséquence à reconnaître que les fonctions de l'exécuteur se réduisent à un mandat et à lui refuser la représentation de son mandant, ou des ayant cause de son mandant ? Je sais bien qu'on peut répondre que les bornes de son mandat ne comprennent pas de droit autre que la surveillance de l'exécution du testament.

[1] Sic. Demolombe, t. V, n° 56 ; Laurent, t. XIV, n° 362.

Un droit tellement abstrait paraît susceptible d'autant d'extension que de restriction et c'est une véritable tautologie que d'y faire toujours appel pour justifier une solution.

Lorsqu'on veut au contraire voir dans ce personnage comme un survivant du testateur qui agit au mieux des intérêts des légataires et des créanciers, sous leur contrôle réciproque et sans pouvoirs propres, on est en présence d'un système cohérent et logique, qui ne porte nullement ombrage aux droits de ces derniers, mais remplit exactement la liquidation nécessaire des droits de chacun.

Le droit de l'exécuteur testamentaire, en ce qui concerne l'ouverture d'un procès, est plus restreint en France qu'en Angleterre. Il lui est par exemple interdit sur notre sol d'exercer des actions personnelles au défunt et qui se trouveraient dans son patrimoine à sa mort. Ce soin incombe aux seuls héritiers. Il a été jugé dans ce sens que l'exécuteur n'avait pas le droit d'intenter l'action Paulienne pour demander la révocation des actes faits par le défunt en fraude de ses créanciers [1]. De même lorsqu'une poursuite engagée contre quelque créancier de l'hérédité soulève une contestation sur le fond même du droit, il ne lui appartient pas d'y défendre [2].

Jamais du reste les exécuteurs testamentaires

[1] Sic Laurent, *op. cit.* n° 361 ; Liège, 25 juillet 1868, *Passicrisie* 1869. 2. 215.

[2] Sic Baudry Lacantinerie et Colin, n° 2659.

n'ont chez nous le droit, que leur reconnaît la législation anglaise, de transaction, de compromis, de désistement et d'arbitrage. Ces actes rendent souvent de très utiles services à la succession en lui évitant des frais au profit des héritiers et des créanciers, mais ils supposent à l'exécuteur une étendue de droit que le Code civil ne lui a jamais reconnus.

CHAPITRE IV

Nomination de l'exécuteur

Qui peut être exécuteur testamentaire ?

Nous savons déjà que les premières dispositions qui parlent d'exécuteurs testamentaires, en Angleterre comme en France, ne sont pas des testaments, mais de simples actes entre vifs.

Plus tard, un testament seul ou un codicile put créer ce personnage.

En Angleterre, en dehors des *munds* qui furent la forme de l'affatomie germanique dans cette contrée, et dans lesquels le disposant nommait lui-même la personne qu'il choisissait pour exécuteur, lorsque notre institution eut quelque vitalité propre, l'évêque ou telle personne choisie par l'ordinaire fut l'exécuteur normal des libéralités *pro anima* du testateur. Lorsque se fut répandue la pratique du testament, il appartint au contraire au de cujus de choisir lui-même son exécuteur. La désignation de l'exécuteur dut être faite en sa présence et l'acte qui la portait signé de son sceau. Ce choix était alors un acte bilatéral qui liait l'exécuteur dès le jour de sa désignation, sauf convention contraire. Dans les premiers temps, on le voit, sa désignation par testament tenait encore beaucoup de l'acte entre vifs. Toutefois l'exécuteur ne fut pas désigné par voie de tradition car,

on le sait, le testateur put toujours en matière de meubles disposer par testament d'un tiers de ses biens. Quant à la propriété réelle du défunt, dont la loi commune interdisait une semblable disposition, on ne songea pas à la compter dans les limites des pouvoirs de l'exécuteur. On imagina toutefois, pour en assurer la transmission après sa mort selon les désirs du propriétaire, l'institution des *feoffees to uses* [1]. Le disposant en remettait la tradition à un homme de confiance dont le rôle touchait de très près à celui du *Salmann* germanique. Il devait à la mort du titulaire en disposer selon sa dernière volonté. C'est un intermédiaire de transmission pour les biens réels comme l'exécuteur l'est pour les biens personnels.

Lorsque, sous Henri VIII, on eut la libre disposition testamentaire de cette propriété, l'institution des *feoffees to uses* s'était si bien acclimatée, que, sous la forme des *trusts*, elle fut un obstacle à ce qu'on comprit le *real estate* du défunt dans le cercle des pouvoirs de l'exécuteur. Il lui échappa jusqu'au Land Transfer Act de 1897. Jusqu'à ce jour, même une clause expresse du testament ne pouvait empêcher, au profit de l'exécuteur, la transmission *at law* des biens réels du défunt. Tout au plus pouvait-on nommer l'exécuteur *trustee* de ces biens. L'Act de 1897 lui-même a respecté cette coutume et, quoique de plein droit les pouvoirs de l'exécuteur atteignent

[1] Caillemer, *op. cit.*, p. 334 et s.

aujourd'hui le *real estate,* ses pouvoirs ne sont pas ceux d'un exécuteur sur le *personnal estate*, mais ceux d'un *trustee*.

La désignation [1] de l'exécuteur qui se faisait en latin jusqu'au XIII^e^ siècle put se faire en langue anglaise à partir du XIV^e^. A cette époque l'exécuteur pouvait être désigné dans une autre langue que celle du testament.

Depuis le Wills Act de 1837, le choix du testateur doit être contenu dans un acte signé de sa main et fait en présence de deux témoins.

Il peut être exprès ou tacite, pourvu qu'il n'y ait aucun doute à son sujet.

Toute personne âgée de vingt et un ans, et qu'on ne peut compter au nombre des fous ou des interdits est capable de désigner son exécuteur testamentaire.

Il reste à nous demander quelles personnes peuvent être choisies comme exécuteurs testamentaires.

Toutes celles qui n'en sont pas spécialement incapables peuvent y prétendre.

Si le testateur nomme comme seul exécuteur un enfant mineur, il faudra que la Court of Probate choisisse un tuteur qui le remplacera pendant sa minorité.

Avant 1882, lorsqu'une femme mariée était nommée, elle ne pouvait accepter son office sans le consentement de son mari. Encore est-il que même avec ce dernier, elle était incapable de faire sans son

[1] Sic, Pollock et Maitland, *op. cit.*, p. 334.

concours certains actes qui eussent pu lui préjudicier. Mais, d'après le *Married Women's Property Act* (1882), la femme mariée est devenue capable d'accepter l'office d'exécuteur sans le consentement du mari et de disposer de tous les biens qui lui incombent en tant qu'exécuteur, comme si elle n'était pas en puissance de mari.

Les faillis peuvent recevoir cette charge, mais alors, la Haute Cour restreindra leurs pouvoirs. Quant aux interdits et aux fous, ils ne peuvent la remplir.

Si le testateur nomme comme exécuteur, ou comme un de ses exécuteurs, un de ses débiteurs, cette nomination opèrera pour son compte remise de dette. On ne conçoit pas en effet qu'à ce titre il puisse agir contre lui même ; toutefois il devra, en équité, rapporter sa dette à la succession.

On peut charger un établissement public d'exécuter un testament. Une société peut aussi être nommée à cet effet, mais en fait ce sont alors les personnes qui la composent, au jour où le testament est fait, à qui incombe ce soin [1].

Le testateur peut choisir plusieurs exécuteurs. La loi les regarde comme une seule personne ; chacun d'eux peut, pendant la vie des autres, accomplir sans leur concours tous les actes ordinaires d'administration tels que donner quittance et faire des payements ; mais tous doivent se réunir pour vendre un bien réel ou pour intenter une action relative à la succession.

[1] Sic, Holdsworth. *The laws of will's executors*, p. 66.

Cette idée de l'existence chez chaque exécuteur d'un pouvoir d'agir *in solidum* ne s'est pas fait jour de suite. Il a fallu, à l'origine, le concours de chacun pour opérer le transfert des biens que tous recevaient par donation du mourant. Le développement des testaments a introduit une clause particulière qui les dispensait de cette action commune. Ils sont alors dans une indivision forcée dont ils ne peuvent sortir que si le testateur a lui-même divisé leurs fonctions [1].

Depuis le jour où le testament a pu désigner un exécuteur sans sa présence dans l'acte de disposition, il a été permis à l'exécuteur de refuser la charge dont on voulait l'investir. On sait que dans ce cas, les Cours Ecclésiastiques, puis la *Court of Probate* et enfin la Haute Cour de Justice ont été successivement chargées de nommer à sa place un autre personnage qui remplira ses fonctions sous le nom d'administrateur *cum testamento annexo*.

Il est d'ailleurs laissé à l'exécuteur choisi par testament un délai d'option raisonnable. Si ce dernier a déjà fait quelques actes d'administration, il est déchu de son droit d'option et est considéré comme acceptant sa charge.

Lorsque plusieurs exécuteurs testamentaires ont été nommés et que quelques-uns seuls refusent leur

[1] Henri II d'Angleterre, en 1182, nomme ainsi dans sa « devisa » divers groupes d'exécuteurs, les uns pour les ordres militaires de la Terre Sainte, les autres pour l'Angleterre, les autres pour la Normandie, d'autres encore pour l'Anjou, chacun de ces groupes ayant à sa disposition des sommes distinctes. Caillemer, *op. cit.*, p. 393.

mission, leur charge passe à ceux qui acceptent, en vertu de la solidarité qui existe entre eux [1].

Lorsqu'il n'y a qu'un seul exécuteur qui ait accepté et qu'il vient à mourir ou encore que le seul exécuteur nommé décéde après avoir accepté son mandat, il faut distinguer suivant que chacun d'eux ont fait un testament et désigné un exécuteur ou sont morts intestats.

Au premier cas, l'exécuteur nommé sera investi du patrimoine du premier testateur. Au cas contraire, la Haute Cour de Justice nommera un administrateur spécial pour les biens du premier testateur. On l'appellera administrateur *de bonis non*.

L'exécuteur désigné par un testateur ne peut pas, durant sa vie, transférer sa mission à une personne de son choix.

Dans la crainte qu'un exécuteur refuse son office, ce qui est toujours possible, le testateur peut nommer conditionnellement d'autres exécuteurs dont les pouvoirs ne naîtront qu'à défaut de l'acceptation des premiers.

Il arrive assez fréquemment qu'à côté de l'exécuteur, le testament désigne en plus de celui-ci ou de ceux-ci, des *supervisors* ou des *coadjutors*. Ce sont d'ordinaire des gens notables ou de puissants amis du défunt qui doivent aider et assister l'exécuteur dans sa mission.

Il peut se présenter qu'une tierce personne non

[1] Pourvu qu'ils aient participé à l'obtention du *probate*.

qualifiée à cet effet remplisse vis-à-vis de la succession le rôle de l'exécuteur testamentaire et paye quelques-uns des droits qu'il doit.

On l'appelle dans le langage juridique *exécuteur de son tort*. Par le fait de son immixtion il est soumis aux mêmes responsabilités et engagements que l'exécuteur, quoiqu'il ne jouisse pas de ses privilèges. Il ne peut pas, par exemple, se payer le premier, s'il est créancier du défunt.

En France, comme en Angleterre, les premiers exécuteurs furent des gens d'Eglise ; par la suite des temps on ne put même pas exclure complètement l'évêque d'un certain rôle de surveillance en ce qui concerne les legs pieux, encore qu'un autre exécuteur fut nommé.

La tradition qui accompagnait le choix de l'exécuteur, dès qu'il apparaît dans notre droit coutumier, ne disparait pas complètement lorsque le testament s'est développé. Bien souvent encore, le testateur fait à son exécuteur une tradition symbolique de ses biens.

De sa première origine contractuelle l'institution a conservé ce trait qu'elle reste longtemps un acte bilatéral dans lequel l'exécuteur s'engage à remplir son office sans pouvoir se dégager de son obligation. Ce n'est que peu à peu que le testament est devenu essentiellement révocable. L'exécuteur testamentaire, qui fut le trait d'union entre la donation à cause de mort et le testament, suivit ce mouvement et obtint la liberté de refuser la charge que le testateur lui transmettait.

En même temps, sa présence à l'acte testamentaire, dont on comprennait la nécessité lorsqu'il s'engageait d'une manière ferme à remplir sa mission, vient à disparaître. L'exécuteur fut, durant l'ancien droit, désigné par un testament. Furgole[1] nous dit toutefois que sa nomination pourrait aussi être faite par tout acte public ou privé qui suffirait pour constater un mandat. Cette opinion, qui heurte la conception exacte de l'exécuteur, est au demeurant repoussée par Pothier[2], qui constate qu'elle n'a jamais été admise dans notre ancien droit.

Les religieux ne pouvaient être nommés exécuteurs, à la différence des prêtres séculiers. Pour ceux-ci, il est à remarquer qu'au XVII^e siècle, en acceptant ce rôle, ils étaient censés renoncer au privilège ecclésiastique et qu'en conséquence ils pouvaient être assignés soit pour leurs fonctions, soit pour leurs comptes, devant les juges séculiers [3].

Furgole avance que toute personne non prohibée peut être exécuteur testamentaire et il cite à titre d'exemple le mineur et la femme mariée. Avec plus de sagesse, Le Brun[4] estime que pour le mineur, comme ses biens ne peuvent être hypothéqués et qu'il est néanmoins tenu de rendre compte, les créanciers et légataires peuvent empêcher qu'il soit saisi de tous les meubles.

[1] Furgole, *op. cit.*, ch. X, n° 10.

[2] *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 125.

[3] Sic, arrêt du Parlement de Paris du 26 avril 1635, rapporté dans la bibliothèque civile de Bouchel, au mot exécution.

[4] *Des Donations*, partie II, ch. II, glose I.

Il fait aussi des réserves pour la femme mariée. Les créanciers et légataires peuvent, d'après lui, demander qu'elle soit autorisée de son mari ; à défaut, elle ne peut accepter sa charge et la justice ne saurait y suppléer. La garantie qu'apporte le consentement du mari consiste à le rendre responsable du reliquat du compte. Ricard partage son avis sur ce point[1].

Le furieux, ni l'imbécile, ni le prodigue, ni le pupille ne pouvaient être exécuteurs car ils n'ont pas le discernement suffisant.

Bacquet prétend même que le mineur de 17 ans ne le peut pas.

Remarquons en terminant qu'il n'y avait aucun rapport entre la capacité requise pour être exécuteur et celle nécessitée pour succéder ; le mari et la femme, qui ne pouvaient profiter du testament l'un de l'autre, pouvaient remplir l'office d'exécuteur l'un vis-à-vis de l'autre.

En dehors de certaines coutumes qui accordaient un salaire à l'exécuteur [3], sa charge était en général gratuite [4].

[1] *Traité des successions.*

[2] *Op. cit.*, p. 126.

[3] Telle est celle du Bourbonnais, art. 296 : « Et pour les vacations et salaires, se peut adresser au juge, qui les lui taxera selon qu'il verra être à faire, sinon que le testateur par son testament en eut ordonné certain salaire ».

[4] Le Parlement de Rouen l'a ainsi jugé par arrêt du 28 mars 1737 rapporté dans le commentaire de Basnage, sur l'article 430 de la coutume de Normandie.

Souvent le testament portait attribution d'un legs à sa personne. S'il l'acceptait, il était alors obligé de remplir sa mission. Celà résulte du principe que l'on ne peut profiter du bienfait et rejeter la charge dont il est le prix.

L'exécuteur non gratifié a d'ailleurs toujours le droit de refuser sa charge. Mais il est de principe que l'exécuteur testamentaire qui a une fois accepté la charge de l'exécution, ne peut plus se dispenser de la remplir.

On répute que l'exécuteur a accepté lorsqu'il a fait acte d'exécution sans autre déclaration. Il faut pourtant remarquer que si l'exécuteur testamentaire souffrait un préjudice notable de la charge qu'il avait acceptée, il avait encore la liberté d'y renoncer malgré son acceptation.

Le défunt pouvait nommer plusieurs exécuteurs, ils ont alors tous un pouvoir égal et doivent agir conjointement.

Tandis que les ouvrages de droit anglais agitent longuement la question de la transmission des pouvoirs d'exécuteur testamentaire d'une personne à l'autre, au cas de décès accompagné d'un testament, en France, on ne trouve pas la question posée. Nous croyons toutefois que l'exécuteur ayant des droits qui sont une limite à ceux des légataires, il n'appartient pas à d'autres qu'au testateur de les constituer, et, en dehors de toute disposition expresse sur ce point, nous croyons à l'impossibilité pour l'exécuteur qui décède de pourvoir à son remplacement par testa-

ment. Les premiers légataires auxquels il imposerait cette gêne sont par rapport à lui des tiers sur le droit desquels il ne peut agir. Cette même raison empêchait l'exécuteur de se faire remplacer de son vivant par un fondé de pouvoir.

Arrivons au code civil. L'article 1028 nous avertit que seul celui qui peut s'obliger peut être exécuteur. Cet article nous montre bien que nous ne sommes pas en présence d'un mandat donné par le testateur puisque, d'après l'article 1990, le mandant peut choisir qui bon lui semble, même un incapable, car en agissant ainsi il ne fait tort qu'à lui-même, tandis que le testateur nuirait à ses légataires et à ses créanciers. Les articles 1029 et 1030 donnent deux applications de ce principe. Pour la femme mariée, le premier article réclame l'autorisation du mari, que celle de justice remplacera alors seulement que la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens ou est séparée de biens judiciairement. Sous ce dernier régime, le mari n'a point la jouissance des biens de sa femme, et celle-ci, pourvu qu'elle obtienne l'autorisation de justice, s'oblige sur la pleine propriété de ses biens (art. 1149, 1536 et 1528 C. civ.). Lorsque la femme est mariée sous un régime qui attribue au mari la jouissance de ses biens, elle ne peut plus accepter l'exécution testamentaire avec l'autorisation de justice, parce que cette autorisation ne donnerait aux créanciers qu'un droit sur la propriété des biens de la femme, or, le législateur a considéré que la

garantie de l'obligation personnelle de la femme, ainsi réduite, serait insuffisante.

L'article 1030 contient une seconde application du principe posé dans l'article 1028. Le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire. L'autorisation de son tuteur ne saurait l'habiliter à cet effet car sa mission est essentiellement personnelle.

Ces deux applications du principe inscrit dans l'article 1028 ne sont pas limitatives, il faut y joindre l'interdit légal ou judiciaire, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ou placé dans un établissement d'aliénés.

Il suffit d'ailleurs que la capacité de s'obliger qu'exige l'article 1028 existe au moment du décès du testateur.

Le choix de ce dernier pourrait porter par exemple sur une personne qui était encore mineure au moment de la confection du testament, pourvu qu'elle soit majeure le jour du décès. La rédaction de l'article 1028 le laisse entendre. Ce texte se réfère à l'époque où les fonctions commencent et non à celle de la confection du testament.

Une commune ne peut être exécuteur testamentaire, pas plus qu'un établissement public [1].

[1] Bruxelles, 16 avril 1883, (D. 85, 2, 27). Notons toutefois que lorsqu'il s'agit de créer une fondation et que le testateur use du procédé du legs avec charges au profit d'un établissement à but similaire, la jurisprudence valide sous une forme nouvelle l'attribution de la charge d'exécuteur à un établissement public.

L'insolvabilité d'un individu n'est pas une cause de déchéance à cet égard.

Pothier écrivait déjà « qu'une personne, quelque pauvre qu'elle soit, ne peut être exclue de cette charge, et l'on ne peut même lui demander caution, le testateur ayant bien voulu suivre sa foi. »

On a bien essayé de tirer en sens contraire un argument d'analogie de l'art. 2003 en matière de mandat, qui indique la déconfiture comme cause de la déchéance du mandat. On y répond par l'interprétation restrictive des déchéances. On ajoute encore que les héritiers ont, d'après l'art 1027, un moyen de faire cesser les pouvoirs de l'exécuteur. Pour nous qui nous refusons à l'assimilation de la mission de l'exécuteur avec un mandat, la solution ne souffre pas difficulté.

Les personnes incapables de recevoir un legs du testateur n'en peuvent pas moins être chargées par lui de l'exécution de son testament. C'est ainsi que l'art. 909 ne fait pas obstacle à ce que le ministre du culte, qui aurait assisté le testateur dans sa dernière maladie, soit chargé par lui de l'exécution du testament, qu'il aurait fait au cours de cette maladie.

Un témoin du testament fait par acte public peut être nommé exécuteur. C'est une conséquence de la gratuité de sa fonction.

Aucune disposition non plus ne défend aux héritiers et légataires d'être exécuteurs testamentaires.

De même, il n'y a aucune incompatibilité entre les fonctions de tuteur et celle d'exécuteur testamentaire,

« Celui qui a reçu du père mourant, dit Troplong, la mission d'administrer la personne et les biens de son enfant et à qui se trouvent ainsi confiés les plus chers intérêts du défunt, est mieux qu'un autre à même d'exécuter ses dispositions de dernière volonté[1]. »

L'art. 1095 permet au testateur de désigner plusieurs personnes auxquelles il confie l'exécution de son testament. Il peut alors soit diviser leurs fonctions, soit ne faire aucune attribution particulière à chacun d'eux.

Si le testateur a assigné une charge spéciale à chacun, ceux-ci n'agiront que dans ces limites.

Au cas inverse, chacun d'eux peut agir seul au défaut des autres.

Dans quelle forme doit se faire la nomination de l'exécuteur testamentaire ? La tradition et les principes réclament que la clause concernant ce choix soit contenue dans un testament.

Un simple codicille ne suffirait pas à y pourvoir.

L'observation des formalités dont sont entourées les dispositions de dernière volonté ne suffisent pas à faire d'un acte signé par le testateur un testament, encore faut-il qu'il porte des dispositions relatives à l'attribution de ses biens. Si donc l'exécuteur testamentaire était nommé isolément, cet acte ne vaudrait pas. La loi anglaise, au contraire, dit expressément que le codicille peut désigner un exécuteur

[1] Troplong, *op. cit.* n° 2012 p. 187.

testamentaire. Il s'est toutefois rencontré quelques auteurs de cet avis en France.

A la suite d'Aubry et Rau et de Demolombe[1], M. Planiol[2] affirme que tout acte de dernière volonté qui contient une disposition que la loi permet de faire sous la forme testamentaire est un testament, ce qui paraît valider la nomination d'un exécuteur testamentaire par un simple codicille, en dehors de tout legs.

La tradition est en sens contraire et Pothier[3] réclame qu'on soit en présence d'un véritable testament.

La nomination d'un exécuteur testamentaire faite obligatoirement par testament ne pourrait être révoquée par un acte sous seing privé émanant du testateur. Mais un acte authentique fait par lui suffira, car d'après l'art. 1035, le testateur peut révoquer son testament « par un acte devant notaire portant déclaration du changement de volonté. »

L'exécuteur testamentaire exerce une mission gratuite. Le testateur peut toutefois lui attribuer, à titre d'honoraires, la rémunération de son temps. Il peut encore lui laisser soit un legs, soit un *diamant*, c'est-à-dire, dans le sens de ce mot d'après les anciens usages, un présent à titre de reconnaissance. Dans ce dernier cas et, sauf disposition contraire du tes-

[1] Demolombe, tome V n° 22.

[2] Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome III, p 716.

[3] Pothier, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 25.

tateur ou forte présomption dans ce sens, le refus de la charge entraînerait la caducité du legs.

De même, l'acceptation du legs entraînerait celle de la fonction d'exécuteur. Il y a là une question d'interprétation laissée à l'appréciation des tribunaux.

Demolombe propose de distinguer suivant qu'il s'agit d'un legs véritable, assez important pour ne pas être considéré comme une rémunération de la charge ou d'un simple présent fait à l'exécuteur en considération des fonctions qui lui sont confiées et des soins qu'il y doit apporter. Au premier cas, la présomption est que le testateur n'a pas entendu faire dépendre le sort du legs de l'acceptation de la charge. Au second cas, au contraire, le présent et la charge sont étroitement unis et le sort de l'un dépend de celui de l'autre.

Lorsqu'un legs est attribué à une personne incapable d'être exécuteur testamentaire, choisie néanmoins par le défunt, ce legs est réputé non écrit.

Lorsque le testateur a nommé plusieurs exécuteurs et leur a conjointement légué une somme à partager entre eux, d'après les anciens auteurs, la part de ceux qui refusent la mission accroît aux autres[1].

Lorsque c'est une personne incapable de recevoir du défunt qui a été nommée exécuteur testamentaire, elle peut néanmoins bénéficier d'une simple rémunération de la peine prise et des services rendus par elle en sa qualité d'exécuteur testamentaire. On s'ac-

[1] Denisart V° *Execut test* p 222 n° 4.

corde à voir dans cet avantage fait par le testateur un honoraire de services plutôt qu'un legs.

L'exécuteur choisi par le testateur peut, selon ses convenances personnelles, refuser la charge qui lui est confiée, alors même qu'il n'a point d'excuse légitime. Mais une fois qu'il a accepté, il est lié par son consentement[1].

Laurent[2] estime toutefois qu'il n'y a pas de contrat, que l'exécuteur ne s'oblige pas envers le testateur qui n'existe plus et qu'il ne s'oblige pas davantage envers les héritiers ou légataires. Son avis est donc qu'il peut abandonner l'exécution testamentaire quand il le voudra.

Cette opinion est fausse car l'institution est créée dans l'intérêt de la liquidation successorale de par la loi, dont l'application est laissée il est vrai à la liberté du testateur, mais qui, lorsqu'il en est fait usage, et que la charge a été acceptée, entraîne une obligation légale de ce seul fait. Il faudrait que l'exécuteur légitimât d'un préjudice grave causé par ses fonctions pour s'en faire relever.

Au cas de refus de la part de l'exécuteur, les tribunaux n'ont pas qualité pour en nommer un autre; les héritiers rentrent alors dans la plénitude de leurs droits.

L'exécution testamentaire finit par la mort de l'exécuteur. Ses pouvoirs ne passent point à ses héri-

[1] Dalloz, n° 4032 et Demolombe, t. XXII p. 6 n° 7.
[2] Laurent, tom. XIV p. 357.

tiers. L'article 1032 le prévoit ainsi. La mission de l'exécuteur est toute de confiance personnelle et on ne voit pas pourquoi elle se transmettrait à ses héritiers. Les héritiers et légataires du testateur rentrent alors dans la jouissance de leurs droits, contrairement à ce qui se passe en Angleterre où les exécuteurs peuvent former toute une chaîne.

CHAPITRE V

Actes préparatoires

L'exécuteur a conservé de son premier rôle auprès du lit du moribond, dont il devait assurer le repos de l'âme, le soin de veiller aux funérailles du décédé. En Angleterre, il doit le faire d'une manière digne du rang social qu'occupait le défunt et en rapport avec sa fortune. Actuellement, les dépenses qu'il fait à cet effet passent avant toutes autres dettes ou obligations pour leur remboursement, sauf qu'on les juge exagérées, auquel cas elles restent à la charge de l'exécuteur pour ce qu'elles ont d'excessifs.

Cette première mission remplie, l'exécuteur anglais doit depuis le XIII^e^ siècle remplir une formalité connue sous le nom de *Probate*. Elle se rattache de très loin à l'insinuation romaine, à l'ouverture du testament et à sa publicité. Au moment où elle paraît, elle est du domaine des cours spirituelles. On a bien prétendu plus tard que les seigneurs pouvaient homologuer le testatement de ses suzerains, ou mieux lui accorder le *probate*, mais, comme les manoirs seigneuriaux dont parlent les textes invoqués ont été aux mains d'ordres religieux, tout porte à croire que c'était à ce caractère seul qu'ils devaient ce privilège.

Le pape Alexandre IV accorda par exemple aux Cisterciens d'Angleterre de donner le *probate* aux testaments de leurs tenanciers et exempta ceux-ci de la juridiction ecclésiastique ordinaire. Ainsi, ce qui pourrait passer à première vue pour un reste de compétence laïque est le fait d'une concession papale[1].

Bien des questions relatives au *probate* sont incertaines, même au XIX^e^ siècle. On s'accorde pourtant, à la fin de cette époque, à reconnaître qu'il appartient à l'évêque du diocèse dans lequel se trouvent les biens du décédé, d'accorder le *probate*.

Qu'arrive-t-il quand le décédé possédait des biens dans différents diocèses ? Cette difficulté fut le sujet de nombreuses rivalités entre les archevêques et les primats. On finit par décider que si le décédé avait des *bona notabilia*, c'est-à-dire des *chattels* de la valeur de 100 shellings, dans divers diocèses, alors le testament serait prouvé devant le métropolitin de la province, grâce à une prérogative spéciale. On appelait les cours de ces archevêques des *Courts of Prérogatives*, c'étaient les cours de Cantorbery et d'York. Devant elles, on évitait la nécessité de se procurer autant de *probates* qu'il y avait de diocèses où les biens étaient situés[2].

Le *Court of Probate Act* (1857) a supprimé la compétence des cours ecclésiastiques en cette matière.

[1] Pollock et Maitland *op. cit.* p 340.
[2] Stephen, *op. cit.* p. 237.

La garantie de l'authencité des testaments est aussitôt devenue sans rapport avec la situation des biens du défunt.

La formalité du *probate* doit être effectuée dans les six mois du décès, sous peine d'amende. Elle peut revêtir deux formes différentes : commune et sommaire ou solennelle. Dans ce dernier cas elle se passe en présence des intéressés et des témoins.

Comme les premiers exécuteurs que nous rencontrons en France ont le devoir de veiller aux funérailles du défunt, ils ont été chargés du soin de présenter les testaments devant les tribunaux pour qu'ils y furent approuvés. Durant tout le moyen âge nous voyons le Parlement lutter avec l'Eglise pour lui disputer une compétence qu'elle avait su obtenir sans rivale en Angleterre. Divers indices permettent d'ailleurs de croire que jamais sa juridiction ne s'établit d'une manière incontestée à ce sujet. Au XIV^e^ siècle à Paris, on reconnaissait au roi un droit de prévention en cette matière et on peut dire qu'à partir de cette époque le privilège des cours ecclésiastiques s'éteignit peu à peu, si bien qu'à la fin de l'ancien régime on n'en trouve plus trace.

Le *Land Transfer Act* est venu rendre nécessaire la formalité du *probate* pour les testaments qui ne portent que sur des biens réels tandis que, jusqu'à cette date, seuls les testaments portant sur des biens personnels le nécessitaient.

Autrefois le *probate* comprennait, au nombre de sa procédure un inventaire. Cette formalité s'est introduite

sous l'influence des canonistes. Plusieurs décisions de conciles et de synodes anglais l'imposent. Elle s'est détachée du *probate* pour être remplie à part. L'exécuteur doit aujourd'hui le faire aussitôt qu'il peut. Cet inventaire doit comprendre tous les biens du défunt.

L'exécuteur doit encore estimer la valeur des *chattels* et *leaseholds* pour en porter leur chiffre dans son inventaire.

Tout créancier ou légataire a le droit de réclamer communication de l'inventaire ainsi fait.

C'était autrefois une question d'opportunité que de savoir s'il fallait ou non réclamer caution de l'exécuteur. La solution est restée la même aujourd'hui.

L'Eglise exigeait de l'exécuteur un serment par lequel il s'obligeait, en réclamant le *probate*, à recourir à la compétence ecclésiastique en cas de difficultés dans sa mission. Ce serment disparut lorsque la juridiction de l'ordinaire fut bien établie. On ne saurait en reparler aujourd'hui en présence du *Court Probate Act* qui a supprimé toute compétence aux tribunaux d'Eglise en matière testamentaire.

Mais entre temps, une transformation s'était opérée en France dans cette *probatio* du testament ; elle ne devint nécessaire que pour les testaments qui n'étaient pas faits dans la forme solennelle, c'est-à-dire, d'après l'ordonnance de 1735, qui n'auraient pas été déposés chez le notaire ou le curé.

Ce régime est resté celui du Code civil sous lequel, si le testament est olographe ou mystique, mais

alors seulement, il paraît indispensable que l'exécuteur, lorsqu'il en est nommé, se fasse préablement envoyer en possession conformément à l'art. 1008 du Code[1].

L'exécuteur testamentaire devait, dans l'ancien droit, faire inventaire des meubles le plus promptement possible. Pour la solennité de cet acte, les coutumes réclamaient que les héritiers fussent dûment appelés. S'il s'était mis en possession sans remplir cette obligation, on permettait à l'héritier et aux légataires de faire la preuve des meubles du défunt suivant la commune renommée[2].

Le Parlement de Paris exigeait de l'exécuteur le serment qu'il remplirait fidèlement sa mission.

D'après les règles canoniques, les légataires pouvaient réclamer, une caution de la part de l'exécuteur, si cette mesure leur paraissait opportune.

Dans notre ancien droit, l'obligation de faire inventaire était restreinte à l'exécuteur saisi. Pothier allait jusqu'à écrire « ce n'est qu'en faisant cet inventaire que l'exécuteur est saisi des biens de la succession. »

Cette opinion n'a pas été conservée par le Code civil. Si l'obligation de faire inventaire était une conséquence de la saisine, le législateur l'aurait certainement limitée à l'inventaire du mobilier dont le testateur lui a donné la saisine.

[1] Sic Baudry Lacantinerie et Colin, *Des donations*, tome II, p. 321. et Huc, VI, n° 358.

[2] Sic Merlin, p. 225 V° exécuteur test.

Or il veut que l'inventaire porte sur *les biens de la succession*, ce qui comprend non seulement le mobilier, mais encore les immeubles dont le testateur ne peut pas le saisir.

Comme le patrimoine entier du testateur, meubles et immeubles, est affecté à l'exécution du testament, il est tout naturel que l'exécuteur, qui a pour rôle de veiller à cette exécution, s'assure par l'inventaire de l'étendue de la succession. Cet intérêt suffit à obliger l'exécuteur non saisi à faire inventaire. (Troplong, Donat. et Testam n° 2022).

Contrairement à cette opinion, Demolombe soutient que l'inventaire ne doit comprendre que les meubles successoraux, et, à ce titre, dispense de l'inventaire l'exécuteur non saisi. Les mots qu'on trouve dans le § II de l'article 1031 ne permettent pas cette interprétation. Les *biens* ne comprennent en effet pas uniquement les meubles[1].

Le testateur peut-il dispenser son exécuteur de l'obligation de faire inventaire ?

Cette question avait déjà soulevé des controverses fort vives dans notre aucien droit. Furgole[2] considérait comme valable la dispense d'inventaire. Ricard[3] était de cet avis.

Quant à Pothier[4], il disait que l'exécuteur, ne tenant sa saisine que de la loi, ne pouvait l'avoir

[1] Sic Baudry Lacantinerie et Colin *op. cit.* p. 326. Laurent, *op. cit.* XIV n° 356.

[2] Furgole, ch. X, sect. IV.

[3] Ricard, part. II, n° 86.

[4] Pothier, *Donat Test.* ch. V. sect I. art. 3.

que sous les conditions imposées par elle. Tel était aussi le sentiment de Bacquet[1] et de Ferrières[2].

Les auteurs modernes qui admettent la validité d'une telle dispense y apportent d'ailleurs certaines restrictions. Ils exigent que l'exécuteur testamentaire ne soit pas en présence d'héritiers réservataires[3] et laissent pour la plupart aux héritiers ou légataires la faculté de faire inventaire à la place de l'exécuteur[4].

Ces réserves indiquent bien qu'il y a un danger véritable à donner à l'exécuteur la possibilité de commettre des détournements sans que les héritiers ou légataires en aient une preuve en mains.

Le testateur ne pourra donc aujourd'hui légitimement dispenser son exécuteur de ce soin. Celà découle de la nature même de sa fonction ; c'est une des mesures de garantie que la loi accorde aux héritiers à l'encontre de l'exécuteur, et, la supprimer, serait porter une trop large atteinte aux droits sacrés de ces derniers.

Dans notre ancien droit, l'exécuteur testamentaire avait le choix de l'officier public chargé de procéder à l'inventaire. Si des difficultés viennent à s'élever aujourd'hui entre l'exécuteur testamentaire et les légataires universels au sujet de son choix, le président du Tribunal Civil le nommera d'office[5].

[1] Bacquet, *Des Droits de Bâtardise*, ch. XIII, n° 17.
[2] Ferrières, *Sur l'art. 297 de la coutume de Paris*, n° 7.
[3] Sic Toullier, t. v. n° 604, Duranton t. 9, n° 406.
[4] Sic Colmet de Santerre, t IV. n° 176.
[5] Cassat. 26 janv. 1886, D. 86. 1. 241.

CHAPITRE VI

Droits et devoirs de l'exécuteur

SECTION I. — Recouvrement des créances et payement des dettes.

La situation de l'exécuteur vis-à-vis des créances et des dettes successorales n'apparaît pas très clairement au moyen-âge. Glanville et Bracton remettent le soin de leur recouvrement comme de leur payement aux mains des héritiers. Le premier fait de leur obligation aux dettes une obligation ultra vires successionis tandis que le second se contente d'y voir une obligation morale indéfinie, limitant leur responsabilité légale au montant des biens du décédé. L'exécuteur n'aurait alors succédé qu'au résidu de ses *chattels* laissés après payement des dettes.

Mais bientôt, grâce à l'influence des lois canoniques, l'exécuteur occupe la principale place dans la liquidation de la succession.

On laisse encore à l'héritier une action *directe* contre les débiteurs successoraux mais on reconnaît à l'exécuteur une action *utile*[1]. L'Eglise se plait à développer cette faculté laissée à l'exécuteur, car c'est pour elle un moyen de retenir des causes qui lui eussent échappées.

Finalement, à la fin du moyen-âge, l'héritier est

[1] Sic Pollock et Maitland *op. cit.* p. 342.

privé de la représentation successorale pendant un délai d'un an, au profit de l'exécuteur. En 1253, le roi ordonne à ses baillis de payer aux exécuteurs et non aux héritiers les sommes qu'il peut devoir à la succession.

Les cours laïques hésitaient cependant encore à admettre l'action de dette intentée par l'exécuteur, mais elles furent amenées à ce résultat pour empêcher celui-ci de s'adresser uniquement aux tribunaux ecclésiastiques qui, les premiers, lui avaient reconnu ce pouvoir.

Sous le règne d'Edouard I^er^, l'exécuteur est pleinement nanti de l'action en recouvrement des créances héréditaires, et un statut de 1330 lui donne le droit d'intenter une action en faute contre celui qui avait pris possession de ces biens.

En ce qui considère le côté passif de la représentation, on permit d'abord aux créanciers de poursuivre l'exécuteur lorsque le testament du défunt le prescrivait ou encore qu'il déterminait les biens qu'il fallait attribuer au payement de la dette. Avant la fin du XIII^e^ siècle, la situation change et, tandis que l'exécuteur testamentaire pouvait être poursuivi par le créancier du testateur qui avait un écrit scellé pour constater sa créance, l'héritier ne pouvait l'être que lorsque mention en était faite dans le titre du créancier.

Dans la suite, la transmission à l'exécuteur des créances et dettes du mort devint complète et s'opéra de plein droit.

Il est responsable dans la même mesure que le défunt le serait lui-même et il pourra être poursuivi dès le jour du décès à raison de tout contrat passé par le de cujus.

Il est très probable que les réclamations que nous considérons comme de nature purement contractuelles furent seules recouvrables contre la succession du mort. Les créances qui avaient leur origine dans un dommage causé au testateur ne pouvaient pas, au moyen âge, être poursuivies après sa mort. Aujourd'hui au contraire, d'après un récent statut, (3 Will IV, c 42) une action est donnée aux exécuteurs pour les torts faits à la fortune du décédé. Si c'était le testateur lui-même qui eut causé ce préjudice, d'après ce même statut, on peut intenter une action en réparation contre l'exécuteur, pourvu que le fait dommageable ne remonte pas à plus de six mois avant le décès.

Par suite du dessaisissement de l'héritier, l'exécuteur est juge de la validité des créances produites et reste libre de ne pas opposer le *statut of limitation* à chaque demande. Toutefois, devant la Haute-Cour de justice, tout intéressé peut, à sa place, soulever la prescription.

Dans la crainte d'engager sa responsabilité en admettant une créance dont le titre pourrait être contesté, l'exécuteur rend souvent nécessaire un procès. Les cours d'Equité en mettent les frais à sa charge quand il n'avait pas de sérieuses raisons de douter de la validité du titre.

L'exécuteur a le droit d'obtenir un *order in chambers* en vue de se procurer un état exact des dettes et obligations auxquelles il peut avoir à satisfaire. Il peut en outre réclamer de la Cour des conseils et des directions relativement à l'attribution des deniers.

D'après le *Trustee Act* de 1893, sect 21, il suffit, pour que l'exécuteur paye légitimement, que la dette lui paraisse évidente.

Dans les payements, il doit suivre un ordre fixé pour éviter certaines combinaisons frauduleuses au profit de quelques créanciers et au détriment des autres.

Si l'exécuteur ne suit pas l'ordre de payement que la loi a établi, il engage sa responsabilité et doit assurer, sur ses propres biens, le payement des créanciers qu'il aurait frustrés.

L'ordre suivi dans le payement des dettes est le suivant : Les dépenses des funérailles sont remboursées les premières, puis viennent les frais du *probate* et les droits d'enregistrement, puis les dettes à la couronne, puis les créances privilégiées en vertu de certains statuts, puis les dettes reconnues par jugement ou admises en vertu d'une *recognisance*, les dettes statuaires, les obligations contractées sous le sceau et enfin toutes les autres créances.

Cet ordre fixé par la loi laisse toutefois à l'exécuteur testamentaire une certaine liberté dans l'acquittement des dettes successorales. L'exécuteur peut en effet choisir, entre les créanciers du même degré, celui qu'il veut payer avant les autres. Ce droit

s'appelle droit de préférence. Les créanciers peuvent y faire obstacle en mettant en cause tous leurs co-créanciers devant un tribunal dont le jugement ordonnera le payement au marc-le-franc.

Le plus souvent, le créancier qui bénéficie de ce droit de préférence est l'exécuteur lui-même. Cet avantage se justifie pleinement par les charges qu'assure l'exécuteur testamentaire dans l'intérêt de la succession comme des légataires et créanciers. On connaît ce privilège sous le nom de droit de *rétention*.

Si le défunt était déjà déclaré en faillite avant son décès, la loi des faillites mettra tous les créanciers sur le même pied pour la liquidation de la succession et l'exécuteur perdra son droit de rétention.

Lorsque les deniers comptants de la succession ne sont pas suffisants pour payer les créanciers, l'exécuteur doit procéder à la vente du *personal estate* du défunt.

En cas de vente de biens personnels par l'exécuteur, l'acheteur n'a pas à s'occuper de l'emploi que l'exécuteur fera de l'argent de la vente, le reçu qu'il lui délivrera suffit à le mettre à couvert.

Jusqu'au règne d'Edouard Ier, les créanciers du défunt n'avaient d'action que sur la fortune personnelle du défunt pour obtenir leur payement, le *writ of elegit* leur a donné action sur ses immeubles quand ses biens personnels sont insuffisants pour assurer leur remboursement.

Mais comment charger du soin de leur liquidation

l'exécuteur testamentaire, qui n'avait aucun pouvoir sur eux ?

On y est arrivé par deux procédés différents : la théorie de l'*équitable conversion* et celle des *trusts*.

Au premier cas, l'exécuteur s'adressait à la justice et lui demandait l'autorisation de vendre le *real estate* pour se procurer l'argent nécessaire au payement des dettes. Quelquefois les héritiers eux-mêmes donnaient cette permission à l'exécuteur qui pouvait alors éviter de faire une demande aux tribunaux.

Au second cas, le testateur lui-même prévoyant que les *assets* qu'il laisserait dans sa succession seraient en nombre trop faible pour couvrir ses dettes, constituait son exécuteur *trustee* de son *real estate* à charge de le vendre pour en conférer le prix à ses créanciers.

Dans ce dernier cas, les biens soumis à un *mortgage* devaient rester affectés à l'emprunt qu'ils garantissaient, sauf une clause contraire contenue dans le testament.

A défaut de biens mortgagés, l'exécuteur devait, lorsque les biens personnels n'étaient pas en nombre suffisants pour liquider les dettes de l'hérédité, procéder à la vente de tel *estate* spécialement légué par le testateur en vue d'assurer le payement de ses dettes. Il devait ensuite faire vendre les *estates* échus aux héritiers ab intestat, puis ceux légués à des particuliers à titre universel. Ce n'est que dans le cas où tous ces biens ne fournissaient pas une

somme suffisante qu'il devait faire vendre un *real estate* légué à titre particulier.

Cet ordre à observer dans la liquidation du patrimoine du défunt était une cause de gêne et de complication pour l'exécuteur aussi, le *Lord S*nt *Leonard Act* est-il venu décider que toutes les fois qu'un *trust* serait constitué au profit d'un exécuteur chargé de payer les dettes, le *trustee* pourrait procéder à la vente du *real estate* dans l'ordre qu'il lui plairait, sauf à respecter les droits des légataires.

Lorsque l'exécuteur testamentaire avait obtenu de la Cour d'Equité un *order of administration* lui permettant de vendre les biens réels pour acquitter les dettes successorales, les créanciers ne venaient plus sur les *assets* selon le rang que la loi imposait à la différente qualité de leur créance. Les *assets* produits par la vente du *real estate* prenaient le nom d'*équitable* et obligeaient les créanciers à se payer sur eux *pari passu*.

Rien de semblable ne se produisait lorsque le *real estate* était vendu à la demande d'un exécuteur qui en aurait été constitué *trustee*.

D'après le *Land Transfer Act* de 1897, le double caractère *légal* et *équitable* des *assets* a disparu, car les biens personnels et réels du défunt passent au représentant personnel *virtute officii*. Aussi verrons nous les créanciers reprendre sur leur montant leur rang privilégié [1].

[1] The *real estate* shall be subject to the same liabilities for

Les *copyholds* toutefois, que l'acte de 1897 a laissés en dehors de sa réforme, ne passent pas à l'exécuteur testamentaire *virtute officii* et continuent à produire, lorsqu'ils sont vendus sur l'autorisation de la Chancellerie ou la volonté du défunt qui les avait constitués en *trust*, des *équitable assets* dont le partage se fait au marc le franc entre les créanciers[1].

L'exécuteur doit, en présence du droit de vendre l'ensemble de l'*estate* du défunt que lui concède l'acte de 1897, observer un certain ordre. Il doit s'attaquer d'abord au *personal estate*, sauf à engager sa responsabilité personnelle.

L'exécuteur est, au demeurant, libre de choisir le mode de vente qu'il préfère, judiciaire ou amiable.

L'acquéreur d'un *real estate* vendu conserve une quittance libératoire et ne pourrait être inquiété dans sa propriété alors même que l'exécuteur aurait gaspillé les deniers provenant de la vente.

L'exécuteur n'est pas responsable au delà du prix produit par l'*estate* personnel et réel. Ce n'est pas à dire que la représentation dont il est investi soit incomplète, on sait en effet que l'héritier lui-même n'est pas soumis à une autre responsabilité.

Si un exécuteur vient à reçevoir encore quelques poursuites nouvelles après qu'il a distribué toutes les sommes qu'il a eues dans les mains, il y répond par l'exception de *plene administravit*.

debts costs and expenses as if it were *personal estate*. Sect. 2. subsect. 3 du Land Transfer Act de 1892.

[1] Sic Brickdale et Sheldon. *Land Transfer Act* p. 258.

Si quelques legs avaient été payés avant que tous les créanciers fussent désintéressés, ils seront sujets à répétition. De même, on les réduira en proportion du montant des dettes et dans l'ordre suivant : on s'attaquera d'abord aux legs universels, puis, s'il est nécessaire, aux legs de somme d'argent et enfin aux legs particuliers.

L'exécuteur testamentaire anglais, succédant à la personne du défunt, peut aujourd'hui intenter toutes les actions qu'il trouve dans la succession. L'influence du Land Transfer Act a été ici de lui permettre d'introduire même les actions relatives à des biens réels successoraux.

S'il y a des créances hypothécaires, depuis ce statut, l'exécuteur prend en mains non seulement leur montant mais encore l'acte légal qui les constitue.

En France, au moyen âge, l'exécuteur a la représentation active et passive du défunt. Quelques difficultés s'étaient présentées de ce côté au sujet de l'exécuteur particulier, car il n'était qu'un ayant cause à titre particulier du défunt. Quant à ce qui regarde l'exécuteur universel, la solution ne souffrait aucun doute. Saisi de tout le mobilier, il devait les dettes comme il avait le droit de faire rentrer les créances héréditaires.

On sait qu'à l'exemple de ce qui se passait en Angleterre, on concentra longtemps sur les meubles la charge des dettes personnelles qui, en général, étaient faibles, et que les immeubles s'en trouvèrent complètement affranchis.

L'exécuteur devait payer non seulement les dettes juridiquement obligatoires mais même les obligations d'honneur, et réparer les *torts faits*. Il a de même le droit au wergeld du disposant. Le développement du testament dans les pays de droit écrit devait lui arracher ce pouvoir car, en droit, il n'était pas soutenable qu'une autre personne que le représentant du défunt, l'héritier, en fut chargé. Cette atteinte à son pouvoir de représentation du défunt ne se produisit pas tout d'un coup. Bien des canonistes tentèrent en effet de conserver à l'exécuteur général le droit de poursuivre les débiteurs et de payer les créances à titre de *curator*.

Dans les pays de coutume au contraire, l'exécuteur conserva intacte la représentation active et passive du décédé.

Il est constitué juge de la validité des créances produites et a la faculté de transiger.

Lorsque le testament fut mis en usage dans ces pays, on y rencontre souvent une clause remettant expressément ce pouvoir aux exécuteurs.

Toutefois, au cours du xv[e] siècle cette situation de l'exécuteur s'est profondément altérée. Les coutumes qui, dans leur rédaction, lui conservent cette fonction deviennent très rares.

Furgole[1] et Ricard[2] la lui refusent tous deux.

Pothier[3] pourtant l'oblige encore à l'acquittement

[1] Furgole, chap. X, sect. IV, n° 36.
[2] Ricard, 2[e] part., n[os] 80 et 85.
[3] Pothier. *Des donat. test*, ch. V. sect I, art. 3.

des dettes, ce qui vient, dit-il, « de ce que c'était autrefois une clause ordinaire des testaments que le testateur ordonnait que ses dettes fussent acquittées, et cette clause étant clause ordinaire des testaments y est toujours sous-entendue, quand même elle n'y serait pas exprimée. »

Dans les coutumes où le payement des dettes ne rentre point normalement dans les attributions de l'exécuteur testamentaire, le testateur pouvait du moins lui conférer spécialement ce pouvoir par une clause expresse[1].

La conséquence du principe posé par certaines coutumes, en ce qui concerne le payement des dettes, était que les créanciers héréditaires étaient autorisés à agir contre l'exécuteur[2].

Lorsque le mobilier n'était pas suffisant pour acquitter les dettes, quelques coutumes permettaient, après avoir assigné préalablement les légataires pour leur dire l'insuffisance des meubles, de procéder à la vente des immeubles.

Pourquoi permettre à un exécuteur de laisser distribuer les immeubles au profit des légataires alors qu'il peut connaître que des créanciers y ont droit, et vont les saisir entre les mains des légataires universels qui, tenus, seulement il est vrai dans l'ancien droit intra vires successionis, devront les payer dans cette limite? Laisser opérer le transfert des biens, de l'exé-

[1] Furgole, *op. cit.*
[2] Ricard, *loc. cit.* et Pothier *loc. cit.*

cuteur aux légataires, complique les choses et expose les créanciers aux risques de l'insolvabilité des légataires universels. C'est déroger au vieux principe: « bona non intelleguntur nisi deducto ære alieno. »

Dans le silence du code, la majorité des auteurs, suivant en cela leur méthode d'interprétation restrictive en ce qui concerne l'exécuteur testamentaire, lui refuse le droit de payer les dettes héréditaires.

L'exécuteur ne doit avoir à ses yeux d'autres pouvoirs que ceux que la loi lui donne. Or, le code civil ne dit pas un mot du payement des dettes. La mission essentielle de l'exécuteur est à leurs yeux de veiller à l'exécution du testament, c'est-à-dire de l'acte par lequel le testateur dispose de ses biens. Les créanciers leur paraissent à même de faire valoir leurs droits sans charger l'exécuteur testamentaire de leur payement.

Seul d'entre les auteurs, Troplong[1] donne ce pouvoir à l'exécuteur, en ce qui concerne les meubles.

Le système prohibitif de la doctrine prive les créanciers d'un moyen de payement commode et qui ne lèserait en rien les droits des légataires, puisqu'en intervenant à l'intance, ils pourraient discuter les titres produits et laisser l'exécuteur ne payer qu'à bon escient.

Malgré cette solution juridique, il arrive souvent que l'exécuteur est en fait obligé de payer les créanciers parce qu'ils font saisir entre ses mains, mais en

[1] Troplong, tom III, n° 304.

ce cas, il ne doit payer qu'en le faisant ordonner en justice avec l'héritier.

En dehors de ce qui se passe généralement, n'y aurait-il pas lieu de permettre au testateur de donner ce pouvoir à son exécuteur par une mention spéciale dans son testament ? Il n'y a là rien qui paraisse contraire à sa fonction, mais la majorité de la doctrine, qui restreint le devoir de l'exécuteur à la surveillance de l'accomplissement des dernières volontés du testateur s'y oppose[1].

Dans le système des auteurs, l'action des créanciers qui est personnelle doit être intentée contre le débiteur, c'est-à-dire contre l'héritier[2].

En supposant valable le pouvoir donné à l'exécuteur de payer les dettes héréditaires, le jugement rendu contre lui seul ne pourrait être opposé aux héritiers ou légataires universels.

Si le payement des dettes qui étaient à la charge de la succession ne regarde pas l'exécuteur testamentaire, il en est autrement de celles qui ont été contractées par l'exécuteur lui-même dans le but d'assurer l'exécution des dernières volontés du défunt, telles que les frais de scellés, d'inventaire, les dépenses des funérailles, etc. Comme il avait qualité pour les contracter, il est autorisé à les payer.

[1] Sic Baudry Lacantinerie et Colin, p. 326, Laurent, p. 409, Demolombe, nos 75 et 80.

[2] Sic Cass. 18 avril 1895. D. 25. I. 273.

SECTION. II. — Payement des legs, vente des immeubles.

Nous touchons à la fonction essentielle de l'exécuteur testamentaire, la remise des legs. Dès l'origine, en Angleterre, les personnes gratifiées par acte entre vifs n'eurent pas, d'une manière certaine, une action contre lui pour obtenir délivrance.

L'excommunication pesait autrefois sur l'exécuteur négligent et l'on peut admettre, par analogie avec ce qui se passait en présence d'une donation à charge de retour, qu'on ne tarda pas à reconnaître aux bénéficiaires une action en délivrance.

Si des biens réels avaient été infeoffés au profit de quelque personne déterminée, cette dernière avait certainement une action devant les cours d'équité pour que le *feoffe* remplisse ses instructions.

Lorsque le testament se fut introduit, le droit des légataires existe sans contestation. Ils purent alors toujours s'adresser à l'exécuteur pour obtenir leurs libéralités. Nous savons que ce régime ne s'appliquait qu'aux biens personnels, les seuls qui, jusqu'à Henri VIII, purent être légués. A partir de ce dernier jusqu'à l'acte de 1897, les biens réels, restés en dehors du cercle des pouvoirs de l'exécuteur, sauf qu'ils aient été constitués en *trust* dans la personne de l'exécuteur, passaient *at law* à leurs bénéficiaires; mais depuis cet acte, le *real estate* obéit aux mêmes règles que le *personal*.

L'exécuteur jouit d'un délai d'un an, à partir du jour du décès, avant d'être obligé de répondre aux

demandes des légataires. Nous avons vu que pendant ce laps de temps il réunit l'ensemble de l'actif successoral et paye les dettes. Il doit de plus convertir en *assets* les biens de la succession pour se procurer le montant des fonds nécessaires pour payer les legs d'argent, s'il y en a.

Depuis l'Act de 1897, si le *personal estate* ne suffit pas à l'acquittement des legs, l'exécuteur pourra vendre le *real estate* compris dans la part des héritiers afin de payer les legs d'argent. Les règles qu'il suit pour la vente des biens réels sont les mêmes que celles qu'il doit employer lorsqu'il les réalise pour le payement des dettes.

L'ordre à suivre pour l'exécuteur dans le payement des legs est le suivant. Il doit d'abord délivrer les legs spécifiques. Ceux-ci comprennent le legs d'un bien particulier déterminé, réel ou personnel, comme telle demeure ou tel cheval ou encore telle somme à prendre sur une valeur individuellement désignée.

L'exécuteur paye ensuite le legs du résidu des *real estate*. Ce n'est qu'après qu'il doit payer les legs de sommes d'argent et en dernier lieu le legs du residu du *personal estate* [1].

Si le légataire meurt avant le testateur, le legs est en général caduc et tombe dans le résidu, mais une large exception est apportée à ce principe lorsque le legs est fait à un enfant ou à un autre descendant du testateur et que le légataire laisse lui-même des

[1] sic Emery, *Exécutors and administrators*, London 1903, p. 60.

descendants qui survivent au testateur. Le fait qu'un testateur fasse ainsi des legs à ses enfants arrive très souvent en Angleterre, c'est un moyen pour le père de s'opposer à l'application du statut de distribution qui a maintenu le droit d'aînesse. L'exécuteur a alors le devoir de vendre l'immeuble héréditaire pour en partager le prix entre les enfants.

Quoiqu'aucun legs ne soit dû avant l'expiration de l'année laissée à l'exécuteur, les légataires peuvent toutefois, s'ils ont des doutes sur la solvabilité de l'exécuteur, réclamer qu'il consigne leur legs. Un legs n'est valablement payé que tout autant que les dettes sont entièrement éteintes. L'exécuteur pourrait répéter le legs dont il aurait fait délivrance à tort, sauf qu'il l'ait payé en pleine connaissance des dettes du testateur. Dans ce cas, lui seul est responsable vis-à-vis des créanciers et le légataire peut conserver son legs. Toutefois, au cas d'insolvabilité de l'exécuteur, le légataire devra restituer[1].

Il est très important pour l'exécuteur testamentaire de se renseigner sur la capacité de la personne à qui il remet le legs. Lorsque le légataire est majeur, la question ne présente aucune difficulté.

Mais si le légataire est mineur, l'exécuteur ne se déchargerait pas de sa responsabilité en lui faisant livraison du legs ou même en le remettant à ses parents ou à son tuteur sans l'intervention de la *Chancery Division of Highd Court of Juslice.*

[1] Holdsworth, *The law of Wills*, p. 115.

S'il passait outre à cette formalité, il risquerait d'être poursuivi par le mineur, lorsqu'il atteindrait sa majorité. L'exécuteur a cependant un moyen de délivrer le legs sans observer cette règle et sans attendre la majorité du mineur. Il n'a qu'à porter le legs à la Banque d'Angleterre avec l'autorisation du *Paymaster* général.

L'exécuteur peut encore user de ce procédé si le légataire ne peut être trouvé ou s'il est très éloigné.

Lorsque le legs est adressé à une femme mariée, il doit le lui payer et elle seule pourra lui en délivrer une décharge valable.

Avant 1882 au contraire, la femme, qui était comptée parmi les incapables, aurait eu besoin du consentement du mari.

L'exécuteur ne doit l'intérêt des legs de biens personnels que du jour où le délai d'un an est écoulé. Pour les biens réels au contraire, il doit l'intérêt du jour du décés du testateur. Cette différence provient de ce que, tandis qu'il a le titre d'exécuteur et un véritable droit réel pour les premiers, il n'est au contraire que *trustee* pour les seconds. Malgré l'assimilation opérée par l'acte de 1897 entre eux, alors que la propriété du legs sur la *personalty* est incomplète pour le légataire jusqu'au jour de la délivrance, celle de la *realty* n'a pas été semblablement diminuée.

La formalité par laquelle l'exécuteur envoit en possession les légataires peut consister soit en une tradition ou *conveyance* soit en une simple appro-

bation ou *assent*. L'exécuteur ne peut, dans l'attribution des legs, se gratifier avant les autres, lorsqu'il bénéficie d'nn legs, comme il peut se payer de sa créance par préférence. L'*assent* a un effet rétroactif.

Nous savons que la situation privilégiée que l'exécuteur testamentaire a conservée en Angleterre dans l'attribution à son profit du résidu ne lui a échappée que très tard. Jusqu'au statut de William IV, c. 4, on interprétait le silence du testateur, relativement à son montant, en faveur de l'exécuteur. Depuis lors, les cours d'équité le regardent, à partir de l'expiration de sa saisine et du jour où la cour a arrêté son exécution, si elle a jugé utile de prolonger son délai, comme un *trustee* pour les personnes qui pourront y prétendre d'après le statut de distribution. Il faut une mention expresse au testament pour qu'il puisse se l'approprier. Il s'opère ainsi du jour où sa mission de liquidateur de la succession est achevée, un changement de qualité en sa personne, rappelons que cette distinction ne s'opère pas pour les biens réels, s'il en reste, car il n'a jamais eu d'autre qualité à leur endroit.

Peu après l'apparition de l'exécuteur testamentaire en France, nous voyons le disposant ne pas s'en remettre entièrement à la bonne foi de cet intermédiaire de transmission et réserver au profit du bénéficiaire une action en délivrance contre lui.

Lorsque le testament se fut répandu, celui-ci a pu se prévaloir du legs fait à son profit et son droit mal établi jusque-là est devenu incontestable.

Les légataires ont dû, tant que l'exécuteur testamentaire est resté saisi de plein droit du mobilier de la succession, lui demander la délivrance de leur legs au cas où spontanément il n'en aurait pas, dans l'année de sa saisine, opéré lui-même la tradition.

On peut dire que cette mission était essentielle dans son rôle puisque c'était à cet effet qu'il avait été créé.

On vit pourtant bientôt apparaître dans l'ancien droit une distinction entre la délivrance matérielle, qui resta le privilège des exécuteurs saisis, et le droit au legs dont l'exécuteur ne fut plus le seul juge.

En même temps que l'exécuteur testamentaire perd peu à peu le caractère de successeur à temps du défunt au profit du légataire universel dont on admet l'institution dans les pays de coutumes, nos anciens auteurs[1] exigent qu'il obtienne le consentement de ce dernier ou, qu'en cas de refus de sa part, il fasse ordonner la délivrance par la justice. On ne considère plus en effet l'exécuteur comme le véritable débiteur du legs.

Le légataire universel, comme à plus forte raison les héritiers dans les pays de droit écrit ont en effet intérêt à connaître s'il n'y a rien à dire contre le testament. Les coutumes sont en ce sens[2].

[1] Pothier. *Donat. testament.* ch. V, sect. I, art. 3. Furgole, *op. cit.* ch. X, sect. IV. Ricard, 2e part. n° 79r

[2] Orléans, art. 291. Sens, art 74. Nivernais, art. 2. Coquille, sur cet article.

Toutes les fois qu'il s'agissait d'immeubles ou que l'année de la saisine de l'exécuteur était expirée, les légataires devaient s'adresser à l'héritier. En fait et en droit, on sait en effet que l'exécuteur testamentaire ne prétendait aucun droit sur les immeubles.

Quoique les anciens auteurs exigeassent que l'exécuteur testamentaire obtint le consentement de l'héritier ou du légataire universel, soit à l'amiable, soit en justice pour faire délivrance des legs, leur doctrine sur ce point n'était pas très nette et tenait encore beaucoup de l'époque à laquelle seul l'exécuteur avait ce soin.

Lorsqu'ils se demandaient en effet contre qui le légataire devait former sa demande en délivrance, on voit Pothier enseigner que « lorsqu'il y a un exécuteur testamentaire, c'est contre lui que les légataires ont coutume de donner leur action en délivrance de leur legs ; car quoique ce soit l'héritier qui, grevé du legs par le testateur, en soit proprement le vrai débiteur, on peut dire que l'exécuteur testamentaire l'est aussi ; en acceptant l'exécution et se mettant en possession des biens de la succession, il accède à l'obligation des héritiers et s'oblige tacitement envers les légataires à payer, à la décharge des héritiers, les legs jusqu'à concurrence des biens dont il est saisi[1]. »

Cette faculté laissée aux exécuteurs de recevoir efficacement une action en délivrance du legs parait

[1] Pothier *op. cit.* ch. V, sect. III, art. I, n° 2450,

revenir à la conception qui voit dans l'exécuteur un représentant successeur du défunt.

Mais immédiatement Pothier ajoute que la demande formée par les légataires contre l'exécuteur doit être dénoncée par celui-ci aux héritiers, car ils ont intérêt à discuter si le legs est dû ou non. Il ajoute enfin que, malgré la présence d'un exécuteur testamentaire, la demande en délivrance peut être valablement formée contre l'héritier, puisqu'il est le vrai débiteur du legs.

Dans le silence du Code, les auteurs modernes exigent que l'exécuteur testamentaire obtienne le consentement des héritiers ou du légataire universel pour faire délivrance des legs mobiliers, alors même qu'il est saisi. Ils estiment que l'exécuteur n'est, dans ce dernier cas, chargé que de la délivrance de fait, tandis que la délivrance de droit appartient à l'héritier.

La conception étroite du rôle de l'exécuteur qui a prévalu amène nécessairement cette solution.

Il a été décidé dans ce sens que la chose jugée contre l'exécuteur testamentaire, au profit d'un légataire ne peut pas être opposée aux héritiers ou légataires universels qui n'auraient point été partie dans l'instance[1].

Plus ferme dans son système que Pothier, la doctrine conclut à ce qu'on forme contre l'héritier les

[1] Trib. Lyon, 27 juin 1888, aux *Pandectes Françaises* v° donat. et test. p. 352.

demandes en délivrance conformément au droit commun. Les articles 1011 et 1014 du Code civil disposent en effet que les légataires sont tenus de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi, à leur défaut aux légataires universels et à défaut de ceux-ci aux héritiers appelés dans l'ordre établi par la loi.

Que décider relativement au cours des intérêts au profit des légataires ?

Parmi nos anciens auteurs, Pothier[1] enseignait qu'ils couraient au profit du légataire du jour de la demande formée contre l'exécuteur parce qu'elle mettait l'héritier en demeure, par l'exécuteur qui le représente.

On décide au contraire aujourd'hui qu'ils ne peuvent courir que lorsque l'héritier ou les légataires universels ont été eux-mêmes mis en demeure par la demande en délivrance dirigée contre eux.

Seuls MM. Aubry et Rau, maintiennent la solution de Pothier et estiment que l'exécuteur peut valablement être actionné en délivrance des legs, encore est-il qu'ils mettent l'héritier sur le même pied et réclament que l'un ou l'autre d'entre eux mette le second en cause.

En cas d'insuffisance du numéraire pour acquitter les legs de somme d'argent, l'exécuteur testamentaire a toujours eu le droit de provoquer la vente du mobilier.

[1] Pothier, *op. cit* n° 225.

Cette solution s'expliquait très bien, car la première saisine dont il a été investi équivalait à une véritable propriété et quoiqu'elle ait été en se diminuant de ses anciens attributs, elle gardait cette faculté de son ancien caractère.

Le Code civil a conservé cette faculté à l'exécuteur testamentaire dans le III[e] paragraphe de l'art. 1031. Il ne distingue pas entre l'exécuteur saisi et celui qui ne l'est pas, on ne saurait donc expliquer par la saisine qu'il a du mobilier ce droit de l'exécuteur. Aujourd'hui, du reste, saisine et propriété sont deux situations juridiques toutes différentes, la première n'étant qu'une simple possession. Seule la tradition peut expliquer ce pouvoir de l'exécuteur, qui ne cadre pas du tout avec la théorie de l'exécuteur mandataire.

L'héritier ou le légataire universel pourront toujours s'opposer à cette vente en offrant à l'exécuteur les deniers suffisants pour l'exécution du testament, mais il ne pourraient, en dehors de ce cas, empêcher l'exécuteur de procéder à la vente. Leur autorisation ni celle de justice ne lui sont pas nécessaires, comme Laurent[1] et Demolombe[2] le prétendent. Aucun texte ne la légitime en effet.

L'exécuteur ne peut toutefois vendre le mobilier que jusqu'à concurrence de la somme nécessaire au payement des legs. Ainsi le décidait déjà la coutume de Paris.

[1] Laurent, t. XIV, n° 363.
[2] Demolombe, t. V. n° 72.

Mais si les deniers de la succession sont insuffisants et si la vente du mobilier ne produit pas assez pour payer les legs, l'exécuteur testamentaire peut-il de plein droit provoquer la vente des immeubles ?

La question est très controversée.

Quelques coutumes lui conféraient formellement ce pouvoir (Châlons, art. 75 ; Nivernais, chap. XXXIII, art. 2 et 4 ; Meaux, art. 38 ; Blois, art. 77; Bretagne, art. 574).

L'usage l'avait accrédité dans le ressort de certaines coutumes muettes à cet égard. Des jurisconsultes du temps l'approuvaient, tels que Ferrières (glose 2 n° 9) et Furgole (chapitre X, sect. IV, n° 41).

Ricard toutefois était d'avis contraire et Pothier enseignait que « l'exécuteur ne peut ni vendre les héritages, ni faire condamner les héritiers à en souffrir la vente[1]. »

Dans le sens du pouvoir restreint de l'exécuteur on faisait valoir les soins jaloux dont l'ancien droit avait toujours entouré la fortune immobiliaire dont la libre disposition devait être laissée à son seul propriétaire.

De nos jours, la doctrine, à part Demolombe, est fixée dans ce dernier sens. Le silence de l'article 1031 lui a paru décisif. La saisine des immeubles n'étant pas permise par notre droit au profit des exécuteurs tandis qu'il leur est accordé, sur le désir du testa-

[1] Pothier, *Des, donat. test.* chap. V, sect. I, art. 11 et 4.

teur, celle des meubles, il a paru qu'il y avait là un argument d'analogie d'où on pouvait inférer le défaut de droit chez l'exécuteur en ce qui regarde la vente des immeubles. Mais, qu'on le sache bien, il n'y a aucun rapport entre la vente, fut-ce du mobilier, et la saisine qui en est la simple possession. Le Code lui-même, ordonnant la vente du mobilier au cas où les espèces sont insuffisantes pour payer les legs d'argent, laisse cette faculté même aux exécuteurs non saisis, car il ne fait pas de distinction.

On peut au contraire tirer un argument plein de force du droit attribué par le Code à l'exécuteur. Il est chargé de veiller à ce que le testament soit exécuté. Il peut à cet effet employer toutes les voies qu'il ne lui interdit pas. Or, la vente des immeubles peut être le seul moyen de délivrer tel legs de somme d'argent, si le numéraire de la succession ou celui produit par la vente du mobilier n'y suffit pas. Le légataire universel ou l'héritier n'en souffriront aucun dommage puisqu'ils doivent l'un et l'autre acquitter ce legs en tout état de cause.

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce qu'ils fournissent eux-mêmes à l'exécuteur sommes suffisantes pour en payer le montant, sans procéder à la vente, tout comme ils peuvent employer ce procédé pour s'opposer à la saisine de l'exécuteur.

On peut encore faire remarquer qu'il peut répugner aux légataires d'user de voies de contrainte contre l'héritier de leur bienfaiteur et que l'exécuteur testamentaire, prenant en mains leurs intérêts, assure

leur payement sans les contraindre à cette mesure qu'ils n'osent prendre eux-mêmes.

Cette opinion n'a pourtant pas prévalu en doctrine ni en jurisprudence où un seul arrêt de la cour de Paris du 24 août 1825 l'a adoptée. Mais au contraire, de nombreux auteurs se sont rencontrés pour accorder ce pouvoir à l'exécuteur testamentaire lorsque le testateur le lui avait spécialement conféré. Ce pouvoir donné par le testateur ne dépasse pas ses droits. Pourvu qu'il ne porte pas atteinte à la réserve établie par la loi, il doit être respecté.

Bien entendu, la vente doit alors être faite dans les formes légales, pour procurer le plus haut prix et assurer le plus de sécurité possible aux héritiers.

MM. Laurent, Huc et Baudry-Lacantinerie [1] se sont montrés hostiles à cette clause. Ils partent de principe que l'on ne peut reconnaître au testateur le droit de fixer comme il l'entend l'étendue et la limite des droits de l'exécuteur testamentaire. On peut leur répondre aisément que rien ne s'oppose à cette extension car le Code civil ne procède pas par formule restrictive quand il ennumère les pouvoirs de l'exécuteur et permet par ce fait ce qu'il ne défend pas.

Qu'on n'allègue pas au demeurant le droit des héritiers pour priver l'exécuteur de ce pouvoir. Comme il ne sera diminué en rien lorsque l'exécuteur doit se

[1] Laurent, t. XI, n° 457 et XIV, n° 365 ; Huc, t. VI, n° 362 ; Baudry Lacantinerie et Collin, *op. cit.* p. 334.

contenter de vendre quelques meubles au profit de tels légataires particuliers, le droit du légataire universel ou de l'héritier, à qui eût incombé le poid de désintéresser ces derniers, ne sera lésé en rien par ce pouvoir remis à l'exécuteur. On dira peut-être que tous ceux-ci courent le risque de l'insolvabilité de l'exécuteur, mais qu'on se rassure, le testateur aura choisi pour cette mission un homme de toute confiance.

Cette tendance jurisprudentielle à accroître les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire répond à l'extension qui lui a été conférée en Angleterre. Dès 1809, une série d'arrêts[1] légitimait d'ailleurs un tel procédé qui sauvegarde les droits des légataires, aussi respectables que ceux de l'héritier ou du légataire universel.

La vente sera du reste faite dans ce cas au nom des héritiers propriétaires des immeubles et non à celui de l'exécuteur[2].

Il a été jugé que l'acquéreur ne pourrait demander la nullité d'une semblable vente, sous prétexte que l'exécuteur testamentaire aurait vendu la chose d'autrui[3].

Rappelons en terminant que si, dans ce cas, on re-

[1] Bruxelles, 2 août 1809, D. A. 6. 133 ; Douai, 26 août 1847, D. 47. 2. 209; sur pourvoi, Cassat., 8 août 1848, D. 48. 1. 188 ; Rouen, 9 avril 1837 ; Laval, 25 avril 1890, tous deux aux *Pandectes françaises*, v° donat. et test.

[2] Bruxelles, 8 avril 1843, *Pasicrisie*, 43. 2. 235.

[3] Douai, 27 décembre 1848, D. 48. 1. 188.

connait quelque droit à l'exécuteur sur les immeubles héréditaires il ne saurait être question pour lui de s'occuper de la délivrance des legs immobiliers. Les légataires d'immeubles acquièrent du jour où le testament est ouvert la propriété des immeubles qui leur sont légués et peuvent au besoin les revendiquer, tandis que les légataires de biens mobiliers n'ont qu'une action personnelle contre les débiteurs de ces legs; aussi y a-t-il lieu d'en assurer à eux seuls le payement par l'intermédiaire de l'exécuteur testamentaire.

SECTION III. — Droit d'agir en justice

En ce qui concerne l'exécution du testament dont les exécuteurs sont chargés, des difficultés peuvent s'élever. De très bonne heure, ils purent en Angleterre en poursuivre le règlement en justice et soutenir à cet effet telle instance convenable. Le *probate* dont ils ont couvert leur titre les y autorise et leur donne qualité. Lorsque le litige portait sur des biens immobiliers réels, on pouvait éprouver quelque doute avant l'acte de 1897, mais aujourd'hui, leur compétence est sans contestation possible. L'esprit de la loi anglaise considère leur mission de représentant comme si essentielle au bon accomplissement des volontés du défunt qu'il provoque d'office la nomination d'un exécuteur lorsque le testateur n'y a pas pourvu. Dans le cas de dévolution ab intestat, il exige encore une manière d'exécution en la personne de l'*administrateur*, tant lui paraît néces-

saire l'idée d'un représentant de la succession telle qu'elle doit être dévolue suivant les intentions du décédé ou le fractionnement légal. Il s'opère même une centralisation de toutes les actions relatives à l'exécution de la succession en la personne des magistrats de la cour qui a été saisie par l'exécuteur de quelque fait d'exécution.

Cette mission de l'exécuteur dure au-delà de sa saisine, tant que chaque désir du testateur n'a pas été assuré.

En France, après avoir été, dès les origines de l'institution, le seul représentant de la masse de biens à distribuer, l'exécuteur ne tarda pas à passer au second plan ou, du moins, à partager son pouvoir de surveillance sur le respect apporté aux volontés du défunt, avec les intéressés eux-mêmes.

Lorsque l'exécuteur testamentaire n'est pas en possession des biens héréditaires, on discute pour lui donner une action contre leurs détenteurs. Au XIVe siècle, on admet toutefois que le juge laïc ou religieux peut lui fournir l'appui de son *officium* et l'habiliter ainsi.

Deux arrêts du 22 décembre 1683 et du 31 juillet 1697 mentionnés dans Merlin [1], indiquent qu'en France, l'exécuteur testamentaire n'est capable de soutenir un procès relatif à des contestations concernant le testament qu'avec l'intervention des parties intéressées.

[1] Merlin, Rep. Vo exécut. test., 227.

Quelques coutumes toutefois laissaient à l'exécuteur un pouvoir plus considérable. C'est ainsi que, dans la province du Hainaut, un exécuteur pouvait, sans l'assistance des légataires universels institués, soutenir tous les procès qui concernent la validité ou l'exécution du testament.

Nous sommes aujourd'hui en présence d'un texte qui porte que « les exécuteurs testamentaires veilleront à ce que le testament soit exécuté et qu'ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité. »

La doctrine et la jurisprudence ont entendu très largement cet alinéa de l'article 1031.

Demolombe [1] enseigne notamment que l'exécuteur a non seulement le droit d'intervenir, mais qu'il peut prendre lui-même l'offensive et introduire une action en justice afin d'obtenir l'exécution des volontés du testateur soit contre les héritiers, soit contre légataires, soit contre les uns et les autres ensemble. Il est vrai que l'article 1031 ne parle que d'intervention, mais c'est que cet article a en vue le cas le plus ordinaire.

Lorsqu'il agit directement, il doit mettre les intéressés en cause. Sans leur appel au procès, le jugement obtenu ne leur serait pas opposable, car nulle part le législateur ne parle de l'exécuteur comme de leur représentant.

Demolombe admet même que l'exécuteur a un droit

[1] Demolombe, t. v, n° 80.

d'action lorsqu'il n'y a aucun légataire et qu'il s'agit d'une charge que le de cujus a imposée à son héritier, comme de consacrer une certaine somme à ses obsèques ou à lui ériger un mausolée ou à faire dire à son intention un certain nombre de messes. Toutefois, on admet d'autre part que le droit d'intervention peut se manifester même en appel quoiqu'il n'en ait pas été fait usage en première instance, sans qu'il y ait ici atteinte à la règle du double degré de juridiction, car ce droit est exercé dans un simple intérêt de surveillance.

Mais après une semblable interprétation, on voit les auteurs [1] conclure que, pas plus comme demandeur que comme défendeur, l'exécuteur testamentaire ne peut représenter la succession en justice car, du jour du décès du testateur, ses héritiers sont ses seuls représentants.

La limite du champ d'action de l'exécuteur devient essentiellement arbitraire. Jusqu'à quel moment peut-on dire qu'il agit dans l'intérêt des légataires et quand au contraire cesse-t-il de le faire pour prendre une qualité qui ne lui appartient pas ?

Tout au contraire, ne peut-on pas dire que toute action relative à la succession réfléchit sur les légataires dont il doit assurer la situation et rentre par là dans l'exécution des dernières volontés du testateur ?

[1] Baudry Lacantinerie et Colin, t. x, n° 2659. Aubry et Rau, t. vii, p. 453, Laurent, t. xiv, n° 361.

Demolombe [1] de ce côté, après avoir limité le droit d'action de l'exécuteur, lui attribue le droit d'intervenir dans les contestations entre l'héritier et un débiteur de la succession ou un détenteur de biens héréditaires, lorsqu'il s'aperçoit que l'héritier, de concert avec ces tiers, essaye de dissimuler au préjudice des légataires l'actif de la succession. C'est, en effet, bien veiller à l'exécution du testament que d'empêcher le détournement des valeurs destinées à y satisfaire.

Notre droit est gêné dans ces conclusions, seules légitimes, par l'idée trop exclusive qu'il a de la représentation du défunt par l'héritier ou le légataire universel, alors surtout qu'il réduit à un mandat le rôle de l'exécuteur.

Si au contraire, on veut se rappeler que l'exécuteur testamentaire a été, le premier, le représentant successeur du défunt, on est porté à élargir son droit d'action.

La mission qu'a l'exécuteur d'assurer l'exécution du testament ne saurait comprendre le droit pour lui de trancher personnellement les contestations qui pourraient s'élever soit entre héritiers et légataires, soit entre légataires, relativement à l'exécution. Les tribunaux seuls doivent donner une solution à ces litiges et la décision apportée par l'exécuteur doit être soumise à leur appréciation. La clause par laquelle le testateur la déclarerait sans appel serait nulle comme contraire à l'ordre public.

[1] Demolombe, t. v, n° 79.

On est d'accord pour conserver à l'exécuteur le droit d'intervention relativement à une action sur les dispositions testamentaires même après que le testament est exécuté.

SECTION IV. — Extension des pouvoirs de l'exécuteur

Nous savons que dès qu'en Angleterre les créanciers ont pu prétendre un droit sur les immeubles, l'exécuteur testamentaire a été capable, avec le consentement de la Cour d'Equité, de procéder à leur vente. Le testateur pouvait encore constituer son exécuteur testamentaire *trustee* de ses immeubles à leur profit, pour les désintéresser en effectuant la vente. Les droits de l'exécuteur sur le *real estate* étaient les mêmes vis-à-vis des légataires que vis-à-vis des créanciers, sauf la priorité des seconds sur les premiers.

A partir de l'Act de 1897, l'exécuteur testamentaire est, comme on l'a dit déjà souvent, trustee de plein droit du *real estate*. Du jour où le testament est ouvert, tout le patrimoine du défunt passe sur sa tête, confié à ses soins et à sa bonne foi au profit des créanciers et légataires qui doivent le recevoir après le laps d'un an.

Ce patrimoine a un représentant personnel et réel en sa personne, aux dépens des héritiers et légataires dont le titre n'est pas complet en sa présence.

L'exécuteur a une véritable propriété limitée sur ces biens. On conçoit donc que le testateur lui remette le pouvoir de convertir en argent tous biens person-

nels et réels de la succession pour en faire la distribution entre les légataires dans la proportion des dispositions qu'il a faites à leur profit.

L'existence de très proches parents du défunt n'est pas faite pour gêner les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, on sait en effet que le droit anglais ne reconnait aucune réserve.

Le testateur peut encore laisser toute liberté à l'exécuteur dans la forme de vente.

En France, au contraire où, du jour où le testament a été admis, on a reconnu aux légataires un droit absolu au legs du jour du décès, où les héritiers ou légataires universels succèdent seuls au défunt, sans qu'il coexiste à leur côté un premier représentant direct du défunt en la personne de l'exécuteur, ces solutions ont souffert difficulté.

En présence des articles 1025 et suivants qui fixent certaines limites aux pouvoirs des exécuteurs testamentaires, on s'est demandé s'il était possible au testateur de les étendre jusque là.

M. Laurent[1] a soutenu un système restrictif de leurs pouvoirs, qui résulte, dit-il, de la nature même de l'exécution testamentaire. En nommant un exécuteur, le défunt proroge son empire au delà de sa mort et apporte des entraves à l'exercice du droit de propriété des héritiers au moment où il a cessé de vivre. C'est là une dérogation aux principes fondamentaux qui

[1] Laurent, t. XIV, n° 332.

régissent le droit de propriété qui est un droit absolu et exclusif.

L'esprit de la révolution s'oppose à ce que le testateur commande encore de sa tombe en présence des droits des héritiers légitimes ou des héritiers institués qui s'ouvrent dès la mort du de cujus.

En vain dit-on que le testateur est libre de disposer de son patrimoine comme il l'entend et que, maître de ne rien donner à ses légataires, il peut, à plus forte raison, restreindre leurs droits en nommant un exécuteur testamentaire. Le testateur, répond M. Laurent, était libre sans doute de ne rien laisser à ses héritiers ou à ses légataires ; mais il ne peut pas leur transmettre une propriété autre que celle que la loi organise, il ne peut pas leur transmettre une propriété limitée par le droit de l'exécuteur de vendre les biens ou de leur en opérer lui-même le partage, alors que la propriété est absolue.

L'ensemble des auteurs n'a cependant pas suivi M. Laurent dans son raisonnement.

La loi, suivant eux, autorisant le testateur à nommer un exécuteur testamentaire, l'a autorisé à lui conférer les pouvoirs nécessaires pour veiller à l'exécution de ses dernières volontés, que le législateur ne pouvait déterminer d'avance.

Les articles 1025 et suivants prévoient ce qui se passe le plus souvent, sans prétendre renfermer dans leur cercle les attributions de l'exécuteur testamentaires.

Avec le système restrictif, l'exécuteur n'atteindrait

qu'imparfaitement son but qui est d'assurer les volontés du défunt.

Est-ce à dire que ces volontés soient sans bornes ? point du tout, mais elles n'auront d'autres freins que ceux que la loi a elle-même posés expressément ou les restrictions nécessaires qui dérivent du respect dû à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Dans la première catégorie nous placerons l'impossibilité pour le testateur de proroger le délai d'un an et un jour fixé par l'article 1026 pour la durée de la saisine de son mobilier, lorsqu'il la donne à son exécuteur, comme nous l'avons vu.

Dans la seconde catégorie nous tiendrons pour nulle la disposition par laquelle le testateur charge son exécuteur testamentaire de distribuer sa fortune à des personnes qu'il ne désigne pas, comme faite au profit de personnes incertaines. Furgole[1] donnait déjà cette solution dans notre ancien droit.

Mais entre ces dispositions et celles que le Code civil prête aux testateurs vis-à-vis de leur exécuteur, est toute une marge dans laquelle le testateur pourra se mouvoir, élargissant selon son désir les pouvoirs de son exécuteur testamentaire.

De même que la jurisprudence a admis de ce côté la validité de la clause par laquelle le testateur permet à son exécuteur de procéder à la vente des immeubles pour effectuer le payement des legs d'argent dont le montant dépassait le mobilier successo-

[1] Furgole, ch. X, sect., n° 52.

ral, elle lui a permis en dehors de ce cas un certain droit de vente sur les immeubles héréditaires.

Toutes les fois que quelque pouvoir de disposition sur les immeubles est concédé semblablement par testament à l'exécuteur, il faut, bien entendu qu'il ne soit pas en présence d'héritiers à réserve dont les droits sont intangibles, sauf que le testament ne lui réserve de pareils droits que sur la quotité disponible[1].

La jurisprudence[2] a validé la clause par laquelle le testateur, qui ne laisse pas d'héritiers à réserve, charge son exécuteur testamentaire de convertir en argent tous les biens, meubles et immeubles, de sa succession, pour en faire la répartition entre ses légataires dans la proportion des dispositions qu'il a faites au profit de chacun d'eux.

Le testateur, peut vouloir par une semblable disposition épargner aux intéressés les lenteurs, les difficultés et les frais des instances en partage, licitation, comptes et autres formalités judiciaires. Il n'y a là rien d'exorbitant du droit commun.

De quoi d'ailleurs les héritiers, que par principe on suppose n'être pas réservataires, pourraient-ils se plaindre ? Ils auraient pu ne rien recevoir du tout, ne vaut-il pas mieux qu'ils reçoivent sous forme de legs

[1] Demolombe, t. V, n° 91.

[2] Douai, 26 août. D. 47, 2, 209. Sur pourvoi, Cassation, 8 août 1848, D. 48, 1, 188. Cassat. 17 avril 1855, D. 55, 1, 201, Douai 27 janvier 1864, S. 64, 2, 225. Lille 19 mai 1892, D. 93, 2, 311. Paris, 16 mars 1899, D. 1900, 2, 131. Cassat. 29 juin, 1899, 1, 472.

d'argent le montant des immeubles de la succession, lorsque l'exécuteur doit liquider ainsi tous les biens?

Pourrait-on aller jusqu'à permettre à l'exécuteur de fixer lui-même, comme il lui plairait, les clauses du contrat de vente et de toucher le prix des immeubles? On a prétendu que la première disposition portait atteinte au droit de propriété des héritiers comme la seconde arriverait à donner indirectement aux exécuteurs la saisine des immeubles[1].

Demolombe[2] est favorable à ce genre de disposition. D'après lui, les immeubles de la succession sont sans doute la propriété des héritiers, mais une propriété qui ne leur appartient que sous la condition concomitante de leur titre même d'acquisition qui confère à l'exécuteur le droit de vendre. Or cette charge n'a rien de contraire à l'ordre public, même si elle donne qualité à l'exécuteur pour fixer librement les conditions du marché, sous la garantie, bien entendu, de sa responsabilité personnelle à raison de sa faute ou de la négligence qu'il pourrait commettre.

Demolombe admet encore que mission peut être donnée par le testateur à l'exécuteur de toucher le prix de vente car il ne voit encore là rien de contraire aux lois.

Il a été du reste jugé en ce sens que l'exécuteur testamentaire peut être investi par le testateur du droit de vendre les immeubles de la succession sans

[1] Duranton, t. IX, n° 411, Colmet de Santerre, t. IV, n° 176.
[2] Demolombe, t. V, n° 92.

suivre les formalités de justice, d'en toucher le prix et de le distribuer entre les héritiers[1].

Dans un autre ordre d'idées, un arrêt[2] a validé la clause par laquelle le défunt, ayant légué à plusieurs personnes conjointement une part déterminée de sa succession, avait confié à un exécuteur testamentaire le soin d'en faire la répartition entre les légataires « suivant le partage et dans la proportion qu'il jugera le plus convenable. »

Demolombe[3] approuve cette disposition car, dit-il, le testateur ne laissait pas une liberté absolue à son exécuteur qui devait agir *ex arbitrio boni viri*. Il est certain que nous sommes loin ici de la faculté d'élire et que nous nous rapprochons singulièrement du pouvoir qu'avait le premier exécuteur, distributeur de biens. Toutefois, quelqu'utilité que présente cette clause et quoiqu'en l'état de cet arrêt il s'agit particulièrement d'un père choisi comme exécuteur testamentaire au profit de ses enfants, il paraîtrait que cette clause est contraire au principe qui ne veut pas que les libéralités testamentaires puissent dépendre de la volonté d'un tiers.

Il nous reste à nous demander ce qu'il adviendrait au cas où le testateur aurait donné à son exécuteur testamentaire le pouvoir de convertir en argent les meubles et immeubles de la succession, en présence d'un unique héritier auquel le premier aurait légué

[1] Metz, 13 mai 1869, D. 69, 2, 192.
[2] Metz, 13 mai 1864, D. 64, 2, 169.
[3] Demolombe, t. V, n° 87.

sa succession. L'exécuteur ne pourra remplir sa mission que si l'héritier accepte la succession, à laquelle il serait venu comme héritier ab intestat, à titre de légataire.

Si, ce qui lui est possible, il refuse le legs et que la succession lui échée ab intestat, le rôle de l'exécuteur disparaîtra, car ses pouvoirs n'ont plus aucune raison d'être dès l'instant qu'il n'y a plus de légataire[1].

On a soutenu[2] que le refus qu'apporterait ce légataire à son legs équivaudrait à une renonciation à la succession, mais c'est là une opinion erronée et que rien ne saurait défendre, sinon le désir de maintenir la disposition testamentaire du défunt malgré la volonté contraire de l'héritier.

En Angleterre, la solution est toute différente, quoique l'exécuteur conserve ses attributions sous un nom différent, mais dont le rôle est presque identique au sien sauf certaines formalités de nomination, toutes les fois qu'on est en présence d'une succession ab intestat.

Grâce à *l'administrateur*, dans le cas que nous étudions, les désirs du défunt seront observés relativement à la vente des biens, préalablement à leur transmission.

[1] Sic. Demolombe, t. V, n° 94.

[2] Sic. Thery, *Pouvoirs de l'exécuteur testamentaire*, Paris 1905, p. 121.

SECTION V. — Hypothèques et Mortgages

Bien souvent un débiteur préfère emprunter de l'argent en fournissant une garantie hypothécaire que de vendre les immeubles dont il a la libre disposition.

Ce pouvoir passera-t-il du défunt sur la tête de son exécuteur testamentaire ?

En Angleterre, comme la Cour d'Equité permit la vente des immeubles pour l'acquittement des dettes héréditaires, elle rendit le *mortgage* possible à l'exécuteur testamentaire.

De même, lorsque le défunt avait constitué l'exécuteur *trustee* de son *real estate*, elle lui concédait le droit d'hypothéquer à côté de celui de vendre.

Le *mortgage* a subi les mêmes vicissitudes que le droit de vente depuis l'acte de 1897 qui les permet l'un et l'autre en tout état de cause à l'exécuteur.

Ajoutons pour être exact que le *mortgage* peut porter en Angleterre même sur les meubles et qu'il a toujours de ce côté été possible à l'exécuteur testamentaire.

Au cas où l'exécuteur dilapiderait les sommes qu'il s'est procurée par la constitution d'un *mortgage* sur les biens du décédé, les créanciers qui en ont fourni les deniers conservent leur droit au payement intégral.

Le testateur, de son côté, peut avoir constitué de son vivant des *mortgages* qui viennent à échéance à son décès. L'exécuteur a mission de payer les sommes qu'ils garantissaient, fut-ce en vendant lui-même les biens qu'ils frappaient.

Si ces *mortgages* que l'exécuteur trouve établis lors du décès du testateur garantissent au contraire des créances du défunt, l'exécuteur doit, au cas où ces dernières sont exigibles, en poursuivre le payement. Sur leur acquittement, il doit décharger les débiteurs de leur garantie.

On sait qu'en France la loi ne fait aucune obligation à l'exécuteur testamentaire de payer les dettes du défunt, aussi ne peut-on se poser la question de savoir s'il peut hypothéquer ses immeubles. Si toutefois on admet la validité de la clause par laquelle le testateur l'en rendrait capable, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas hypothéquer ses biens, à condition qu'il ait reçu le pouvoir de vendre les immeubles.

Dans ce cas, il serait nécessaire que le testament qui choisit l'exécuteur fut en forme authentique, car le mandat d'hypothéquer ne peut être donné que sous cette forme.

Lorsque c'est le défunt qui a consenti l'hypothèque et que la créance est exigible à son décès, l'exécuteur n'ayant pas mission de payer les dettes, il ne lui appartient pas davantage d'en décharger ses biens, sauf encore qu'on admette que le testateur peut donner à son exécuteur mandat de payer les dettes successorales. Dans cette hypothèse, l'exécuteur pourrait demander la radiation de l'hypothèque au conservateur, ainsi qu'il en a été jugé.

Si nous supposons que le défunt était créancier hypothécaire d'une certaine somme venue à échéance

à son décès, l'exécuteur a le pouvoir d'en réclamer le payement dans ses mains, puisqu'il peut poursuivre les débiteurs de la succession.

Que décider en ce qui concerne la radiation de l'hypothèque ?

L'exécuteur pourra l'opérer, car il peut délivrer valable quittance, et cela sans mandat spécial du testateur, pourvu que, conformément à l'article 2158 du Code civil, le testament qui le nomme soit en la forme authentique.

Un jugement du tribunal de Lille [1] en a ainsi décidé dans une espèce où le testateur avait donné ce mandat formel à son exécuteur. Mais il faut aller plus loin et comprendre ce pouvoir dans la fonction de l'exécuteur, en dehors de toute clause expresse.

SECTION VI. — Exécution testamentaire et fondation

On se souvient que le testateur n'eut pas, jusqu'à Henri VIII, la libre disposition de son *real estate* par testament.

L'église se trouvait ainsi privée d'une masse considérable de richesses sur laquelle se portaient ses regards. Pour tourner cette prohibition, elle créa la pratique de *l'use* selon laquelle elle put recueillir les dispositions de biens réels [2] faites en sa faveur. Le

[1] Lille, 19 mai 1892, D. 93. 2. 311.

[2] Une autre exception légale permettait de léguer à l'église des biens réels, c'était la tenure en franche aumône, *in frankalmoign, in libera eleemosyma*. Elle disparaît sous Charles II. Seul le roi put alors disposer par ce moyen de biens réels au profit de l'Eglise. Lher, *op-cit*, p. 138 et Stéphen, *op. cit*, p. 131.

testateur qui voulait la gratifier vendait de son vivant sa propriété féodale à un tiers moyennant un prix ridicule, tandis qu'il s'en réservait les avantages et la jouissance. Sa propriété se trouvait ainsi démembrée en domaine utile et domaine éminent. Le premier étant un droit personnel, le testateur en eut la libre disposition, aussi s'empressait-il de le léguer à l'Eglise.

La Chancellerie de l'époque déclara cet usage valable et l'exécuteur dut en assurer le bénéfice aux communautés religieuses que le testateur avait désignées.

Henri VIII, par le *statute of uses*, s'éleva contre l'abus auquel avait donné lieu la pratique des *uses* et considéra l'usufruitier comme le vrai propriétaire.

En même temps que Henri VIII étendit le droit de disposition des testateurs, il leur fit interdiction de disposer de leur *real estate* au profit d'établissements de mainmorte.

La terre ainsi léguée allait à l'héritier, sauf qu'il s'agit d'établissement à but charitable.

Sur le premier chef, la Chancellerie tourna le statut. Elle admit bien que le premier bénéficiaire de la propriété utile serait tenu pour le vrai propriétaire, mais elle se refusa à le reconnaître en ce qui concerne le second.

La Cour de Chancellerie trouva qu'il n'était pas équitable que le *statute of uses* frustrat le second bénéficiaire en donnant au premier une propriété pleine et entière. Elle décida que le premier avantagé,

qui avait l'immeuble *at law*, ne serait considéré que comme le *tenant* pour le compte et le profit du second et des autres bénéficiaires à venir.

De cette interprétation peu logique naquit la théorie du *trust*. Le bénéficiaire fut *cestui que trust*.

Sur le second chef de la disposition de Henri VIII il faut dire que le danger de la constitution d'un patrimoine trop considérable de mainmorte destiné à des usages charitables amena la rédaction du *Mortmain Act*[1] (1793) interdisant non seulement le legs direct de biens réels à une corporation, mais même sa constitution en *trust* à son profit, sauf par acte entre vifs.

A partir de 1888 au contraire, jusqu'en 1894, une série de statuts ont été rendus qui suppriment toute limite à la libre disposition des terres par testament pour des usages charitables.

En ce qui concerne la *personal property*, l'institution du *trust* trouva son plus fécond champ d'application dans les legs au profit d'établissements charitables confessionnels ou laïques déjà existants. La corporation recevait les biens en propriété, en *estate legal*, sous le caractère de *trustee*, tandis que ceux qui étaient à la charge de la corporation, malades, pauvres ou prêtres, en prenaient l'*equitable estate*, le profit. La première percevait les fruits des biens au nom des seconds qui en bénéficiaient.

En ce qui concerne la *real property*, son attribu-

[1] Sic. Stéphen, *op. cit.* vol. III, p. 110.

tion est restée impossible jusqu'au règne de Victoria. Jusque là, le legs d'un *legal estate* ne pouvait échoir à une corporation.

On redoutait, en effet, la formation d'une main-morte trop considérable Ce mode d'acquérir lui est aujourd'hui possible, sauf l'observation de certaines formalités administratives nécessaires. Depuis 1897, l'exécuteur testamentaire doit les faire auprès de la Couronne pour que la corporation charitable gratifiée puisse recueillir Jusque là, la corporation elle-même s'en occupait.

Lorsque le défunt constitue un *trust* charitable non plus au profit d'une corporation déjà créée, mais au profit d'un établissement nouveau, la Cour de Chancellerie assure elle-même le fonctionnement de la fondation ou nomme un *trustee*, s'il n'en a pas été choisi dans le testament, pour qu'il serve de sujet à la libéralité tant que la fondation n'est pas établie. Ajoutons que depuis 1897, l'exécuteur testamentaire du défunt en joue d'office le rôle.

Toutefois, si les biens constitués en *trust* ne comprennent que des biens personnels, ce qui arrive le plus souvent, l'exécuteur testamentaire suffit à lui donner un sujet actuel tant que l'autorisation de la Couronne n'a pas créé l'établissement nouveau.

En France, l'exécuteur testamentaire, après avoir eu des pouvoirs qui dépassaient à l'origine ceux de l'exécuteur anglais, puisque rien ne s'opposait à ce qu'il transmit aux corps ou communautés religieuses même des immeubles a perdu peu à peu l'éten-

due de sa capacité. Il s'est alors passé ce fait, que dans le cas où le testateur s'est contenté d'adresser un legs mobilier à un établissement ayant déjà une existence légale, l'exécuteur du défunt peut remplir les formalités administratives nécessaires à son attribution puisqu'il doit lui en faire délivrance, mais lorsque des immeubles sont compris dans son attribution, le rôle de l'exécuteur ne s'y étend pas.

D'un autre côté, lorsque le testateur a voulu donner à ses libéralités une existence propre, qui n'adhérat pas à des établissements à but similaire déjà existants, on a du songer à un procédé nouveau d'attribution.

Dès 1749, comme la fameuse ordonnance connue sous le nom de Code des gens de mainmorte nécessitait une autorisation administrative pour la création d'une fondation, il fallut, pour assurer un titulaire momentané aux biens dont disposait le testateur, trouver un moyen détourné. On ne pouvait songer à l'exécuteur testamentaire dont les pays de droit écrit ignoraient le plus souvent le rôle et dont les coutumes avaient réduit trop fréquemment le caractère à un simple mandat. On eut alors recours au legs avec charges, procédé vingt fois séculaire. Le légataire prenait possession des biens dont le montant devait assurer la fondation et, tant qu'il n'avait pas obtenu la permission royale de créer l'établissement qui répondrait aux intentions du défunt, il restait à la tête de cette masse de biens. Mais à cette époque, le légataire ainsi désigné con-

servait d'ordinaire la majeure part de l'héridité. L'usage de ce procédé ne se rencontrait au demeurant pas fréquemment car les encyclopédistes avaient fait tout une campagne d'idées hostile aux fondations.

Le Code civil maintint dans l'article 910 la nécessité de l'autorisation administrative et la loi de 1901 en a fixé le fonctionnement.

En face de cette réglementation, on a imaginé deux procédés pour assurer le fonctionnement de la fondation. Le premier, qui consiste à remettre les biens destinés à y pourvoir dans les mains d'un établissement à but semblable à celui de l'institution à créer, ne nous intéresse pas. Le second reprend la pratique du legs avec charges, sans se laisser intimider par l'article 906 Code civil, qui interdit aux personnes non conçues de recevoir par testament. La jurisprudence déclarait en effet que cette interdiction portait sur les legs et non sur les charges.

Une autre raison pouvait arrêter la jurisprudence, on avait jusque-là envisagé le légataire comme une personne devant retirer quelques avantages de sa qualité.

Dans les pays de droit écrit, l'héritier institué était autorisé à retenir, sous le nom de faldicie, le quart de la succession, par retranchement sur les legs, s'ils excédaient la valeur des trois quarts.

Dans les pays de coutume, au contraire, il n'y avait point de parcelle retenue au profit des légataires universels, lors même que les biens laissés

par le testateur étaient tous de nature à être compris dans le legs.

Fallait-il qu'en dehors du montant des biens constituant la charge du legs, il restât au légataire *sub modo* quelque émolument ?

La réponse négative s'est affirmée dans plusieurs arrêts[1].

La qualité de légataire universel comporte bien une vocation à l'ensemble des biens du de cujus, mais il peut se trouver que, chargé d'exécuter les legs particuliers, il ne garde rien du tout de la succession.

Sa situation est alors en fait sinon en droit celle de l'exécuteur testamentaire. On est arrivé par un détour à reconstituer sur un type nouveau l'ancien exécuteur dont le prestige avait décliné. Qu'importe le titre juridique du personnage si ses fonctions se rencontrent? Ce n'est pas à dire que l'institution nouvelle n'ait pas rencontré d'ennemis. On a prétendu qu'elle faciliterait les déguisements et les interpositions de personnes.

A cela il faut répondre que nulle part le Code ne défend d'une manière absolue, en dehors des donations, l'interposition de personne. Elle ne devient un vice radical que quand elle cache l'attribution d'une libéralité à une personne incapable de recevoir, mais alors seulement[2]. Il n'y a pas à s'inquiéter de la pen-

[1] Angers, 22 juin 1887. D. 89. 2. 4. Bordeaux, 13 mai 1895. D. 95. 2. 439.

[2] Sic. Planiol, *Traité élément. de droit civil*, n° 3031 tome III.

sée du testateur, comme l'ont considérée certains arrêts, mais uniquement de la question de savoir si le but que le testateur a voulu atteindre était possible et licite [1].

Notons toutefois que dans cette voie, la jurisprudence n'est pas allée jusqu'à permettre au légataire la faculté d'élire le bénéficiaire de la charge [2]. De même, l'exécuteur devait disposer des biens du mourant dans un cercle d'œuvres pies dont il ne pouvait sortir. Ce nouveau trait indique bien que nous sommes en présence de deux formes de la même institution.

SECTION VII. — De l'exécuteur non saisi

Nous n'avons pas à nous occuper en Angleterre de l'exécuteur testamentaire non saisi puisque la saisine est dans ses attributions légales et que les héritiers ne sauraient le dépouiller de ce privilège inhérent à sa charge durant une année.

Il n'en fut pas toutefois toujours ainsi.

Une forme vieillie de testament anglo-saxon, le *cwide* portait la nomination d'un personnage ou *mund* dont le rôle était uniquement la défense de cet acte juridique, sans entraîner aucune saisine. Cette forme de testament disparut avec la conquête normande, mais, sous le nom d'*adjutores*, on continua à rencontrer de semblables personnages à côté

Sic. Angers, 29 janvier 1906, dans la *Gazette des Tribunaux*, 3 mars 1906.

[1] Cassat. 25 janv. 1893, D. 94, 1, 257.

[2] Douai 1er 1894, D. 95, 2, 249.

de l'exécuteur. On en compte aussi en France et leur nomination est surtout fréquente dans les pays de droit écrit.

Nous savons qu'aujourd'hui, dans ces pays, l'exécuteur ne jouit pas de la saisine du mobilier, lorsque la volonté même du testateur qui l'a nommé en a ainsi décidé.

Il est évident que, dans ce cas, il sera dispensé des mesures dont l'application s'explique par une idée de sauvegarde des droits des héritiers contre ses négligences, nous voulons parler de l'opposition des scellés et de l'inventaire.

Nommé pour veiller à l'exécution du testament, là sera évidemment son rôle. Il interviendra donc dans les instances relatives à la validité des dispositions du testament. Cette attribution n'a aucun rapport avec la saisine et est la sienne tout aussi bien que celle de l'exécuteur saisi.

Nous n'avons établi aucun lien entre la saisine et le droit pour l'exécuteur de vendre soit les meubles, soit les immeubles de la succession, s'il y a nécessité de le faire pour le payement des legs, aussi lui attribuerons nous ce même pouvoir [1]. Mais, comme d'un autre côté, le droit pour l'exécuteur saisi d'appréhender les biens héréditaires qui sont entre des mains tierses ou de faire rentrer les créances héréditaires a son origine dans la saisine, nous le lui

[1] Sic. Demolombe, *op. cit.* V. n° 103. Contra Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit* , n° 2677.

refuserons. Nous lui accorderons, au contraire, le pouvoir de recevoir légitimement des demandes en délivrance de legs.

En résumé, sa mission se borne à un rôle de surveillance et de contrôle. N'ayant pas le maniement des espèces, on le dispense de rendre compte.

CHAPITRE VII

Responsabilité de l'exécuteur

Dès le XII^e^ siècle, les exécuteurs furent responsables de leurs actes devant les tribunaux ecclésiastiques, jusque-là l'évêque avait sur eux un pouvoir de contrôle pour assurer la transmission des biens qu'ils avaient reçus. Sous le règne d'Edouard I^er^, les cours spirituelles paraissent avoir établi toute une procédure légale pour leur réclamer le compte de leur administration. S'ils étaient coupables de négligence ou de faute, l'ordinaire pouvait même les destituer. Cette double responsabilité de leur négligence et de leur faute a continué à leur être appliquée devant les juridictions temporelles, sans qu'ils puissent l'éviter en invoquant leur bonne foi. Seules, les pertes accidentelles, qui surviennent dans le cours de leur liquidation, ne leur sont pas imputables.

Lorsque les exécuteurs agissent en tant que *trustees*, c'est-à-dire lorsque leurs pouvoirs concernent le *real estate* du défunt, leur responsabilité s'accroît: ils doivent alors répondre de la plus exacte diligence, tandis que comme exécuteurs ils ne doivent apporter que la diligence qu'ils donnent à leurs propres affaires. Leur responsabilité est solidaire, chacun des *trustees* peut être poursuivi personnellement et pour le tout.

Les exécuteurs doivent indemniser les créanciers et légataires de toute perte qu'ils font subir à l'*estate* du défunt.

Ce *devastavit* ou *breach of trust* entraine leur responsabilité sur leurs biens personnels.

Chargés de faire rentrer les créances héréditaires, s'ils ne le font pas, ils en devront raison à la succession. S'ils procèdent à la vente des biens dans de mauvaises conditions, leur responsabilité sera encore engagée.

Ils ne devront jamais conserver de l'argent liquide dans leurs mains, la loi leur en impose un placement présentant des garanties particulières. Un statut de 1888, confirmé en 93, élargit leurs pouvoirs de ce côté, tout en diminuant leur responsabilité ; ils peuvent en toute sûreté confier à un banquier le soin de percevoir et garder en caisse le numéraire de la succession, ce qui facilite leur besogne[1].

En ce qui concerne l'engagement qu'ils ont pris de payer une dette héréditaire, leur responsabilité n'est en jeu que s'ils l'ont pris par écrit et sous forme de *deed* c'est-à-dire dans un acte juridique particulier.

S'ils font au contraire remise de dette, ou s'ils transigent dans un tout autre but que l'intérêt de la succession, ils en devront raison.

Ils répondent de même de la faute qu'ils ont

[1] Comp. Lher, *Supplément aux éléments de droit civil anglais.*

commise en admettant certains créanciers dont les titres étaient nuls ou en payant des legs avant que les créanciers ne soient payés.

Si l'on se rappelle le rôle désintéressé de leur mission, on s'étonnera à bon droit qu'ils courent de si grands dangers, mais il faut ajouter qu'ils ont un moyen très efficace et très aisé de sauvegarder leur responsabilité dans la facilité qui leur est laissée de consulter la Haute-Cour de Justice sur ce qu'ils ont à faire. Celle-ci leur désignera un magistrat dont l'assistance les éclairera et les défendra contre tout recours en tout ce qui concerne l'exécution du testament.

Nous avons supposé jusqu'ici qu'il y avait plusieurs exécuteurs dont la responsabilité pouvait être engagée. Reste à savoir comment se partagera leur obligation.

Si le testateur a divisé lui-même les fonctions entre eux, chacun ne répondra que de celles qui lui auront été attribuées. En dehors de cette spécialisation testamentaire, nous savons que chacun d'eux peut seul faire tous les actes d'administration sauf procéder à la vente des biens réels, auquel cas le concours de tous est réclamé. — Que décider au sujet de leur responsabilité ? il y a une tendance à les regarder comme solidairement responsables, alors que tous ont connu l'acte fautif et ne s'y sont pas opposés.

De bonne heure, l'exécuteur testamentaire peut en France, comme en Angleterre, être assigné de-

vant son évêque pour y répondre de son dol dans l'accomplissement de sa mission d'intermédiaire de succession. Plus tard, avec la renaissance du droit romain, on lui appliqua les principes de la responsabilité du mandataire. Pothier le traite encore ainsi en matière de responsabilité. Les auteurs lui font aujourd'hui l'application du même principe. A leurs yeux, l'exécuteur testamentaire répond non seulement de son dol mais encore des simples fautes qu'il pourra commettre et dont la responsabilité s'appréciera plus sévèrement s'il reçoit quelque rémunération sous forme de legs.

Le principe de la responsabilité de l'exécuteur testamentaire ne souffre pas de doute. L'art. 1028 C. civ. en effet, en exigeant que l'exécuteur testamentaire soit capable de s'obliger, implique nécessairement qu'il est responsable ; s'il ne l'était pas, personne n'aurait d'action contre lui, et l'on ne voit pas, dans cette supposition, pourquoi la loi exigerait de lui la capacité de s'obliger[1].

Etablie sur cette base, la responsabilité de l'exécuteur testamentaire, s'appréciera pour nous, dans le silence du Code, non pas sur une assimilation avec le mandat, mais bien sur une obligation légale *lato sensu*. Par le fait qu'il a accepté la charge que lui offrait le testateur, il a pris l'engagement de la remplir au mieux des intérêts des légataires et créanciers, selon le désir intime du

[1] Sic Cass. 27 août 1875. S. 1855. 1. 695. D. 55. 1. 371.

testateur même. Il répondra donc de toute contravention à cette obligation, qu'elle consiste dans une faute, un dol ou même dans une négligence qui a nuit aux ayants cause de la succession. La jurisprudence lui fait application des articles 1991 à 1997 sur la responsabilité du mandataire.

Il a été jugé que l'exécuteur testamentaire, même lorsqu'il n'a pas reçu la saisine, est responsable des conséquences de l'inexécution du testament, alors surtout que son mandat est remunéré par le testateur; qu'en conséquence il est responsable envers le légataire particulier d'une rente viagère, de la cessation du payement des arrérages, s'il n'a point veillé à ce que le capital affecté au service de cette rente fut placé de la manière ordonnée par le testateur. (Paris, 7 février 1850, D. P. 52. 2. 246).

Que déciderons nous lorsque le testateur aura désigné plusieurs exécuteurs testamentaires? Ce fait arrive très rarement en France, il était rationnel de ne l'aborder qu'en seconde ligne. Le code civil distingue selon que le testateur a divisé entre eux leurs fonctions ou les a tous laissés sur le même pied. Au premier cas, chacun des exécuteurs n'est tenu et ne répond que de ses actes de gestion propres et du mobilier qu'il a eu dans les mains.

Si toutefois, dans le cas où les fonctions auraient été divisées par le testateur, chacun des exécuteurs ne s'est pas renfermé dans la fonction qui lui avait été attribuée, la solidarité existe entre eux.

Si un ou quelques-uns seulement étaient sortis

des limites qui leur avaient été imposées et que les autres s'y fussent renfermés, la solidarité ne pèserait que sur les premiers

Au cas où le testateur n'a pas divisé les fonctions, chaque exécuteur peut agir séparément. Seuls Delvincourt[1] et Duranton[2] pensent que quand plusieurs exécuteurs ont été nommés et que quelques-uns seulement ont accepté, les autres ne pourront agir. On est aujourd'hui d'avis contraire ; tous les exécuteurs nommés sont en effet également investis de la confiance du testateur et peuvent agir malgré le refus des autres.

La solution adverse ne se comprenait que lorsque les exécuteurs recevaient tradition des biens du disposant à l'effet de les distribuer; mais du jour où le testament à été usité, s'est répandue une clause qu'on a fini par sous entendre et qui donnait à chaque exécuteur les pouvoirs d'agir *in solidum*. Une décrétale de Boniface VIII a consacré ce droit pour chacun d'eux.

Marcadé a soutenu que dans ce dernier cas, tous ceux qui ont accepté devraient agir collectivement. Tel n'est pas le sens de l'article 1033.

Troplong nous dit à bon droit qu'il faudrait une preuve bien évidente que le testateur a exigé le concours de tous les exécuteurs testamentaires nommés, comme condition *sine qua non*, pour que

[1] Delvincourt, t. II, p. 375.
[2] Duranton, t. IX, n° 423.

les exécuteurs acceptants fussent paralysés par l'exécuteur refusant[1].

Chacun des exécuteurs peut donc agir isolément et cela, même malgré l'opposition des autres exécuteurs, car le texte ne leur réserve pas ce droit.

Lorsqu'un exécuteur aura agi seul, à condition que ses coexécuteurs soient saisis avec lui, son acte entraînera leur responsabilité solidaire. C'est là une garantie donnée aux héritiers et légataires. Les exécuteurs seront intéressés à s'occuper de la gestion d'un d'entre eux pour s'éviter un recours possible.

Remarquons toutefois que le code ne les déclare pas responsables définitivement des fautes ou dols de l'exécuteur qui seul a agi. Leur responsabilité, présumée par la loi tombe devant la preuve qu'ils font que la faute reprochée ou la négligence préjudiciable ne leur est pas imputable. Ils ne sont pas obligés d'indemniser les intéressés en tout état de cause, sauf leur recours contre l'exécuteur coupable, mais ils le sont alors seulement qu'ils ne pourront pas établir qu'ils n'ont pas participé à la faute ou qu'ils ne sont pas responsables de la négligence.

L'article 1033 ne les déclare responsables que du compte du mobilier et non de son montant, ils n'ont pas à garantir la présentation des espèces, mais à établir le détournement, s'il en a été commis.

[1] Troplong *op. cit.* p. 210.

[2] Sic. Demolombe, t. V, n° 40 ; Laurent. t. XIV, n° 380 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.* n° 2687.

CHAPITRE VIII

Fin de l'exécution testamentaire

Comment l'exécution testamentaire prend-elle fin?

Inutile de répéter qu'en Angleterre sa durée, très courte à l'origine, s'allongea dans la suite, lorsque l'exécuteur dut représenter le défunt. Nous avons déjà signalé qu'il ne faut pas confondre la saisine, dont il est privé à la fin de l'année qui court du jour du décès, avec sa mission d'exécuteur, qu'il conserve tant que le testament n'est pas complètement rempli. Nous savons encore que le jour où les créances héréditaires sont rentrées, les dettes payées et les legs acquittés, l'exécuteur change son titre en celui de *trustee* au profit des héritiers *ab intestat*.

Mais, déjà sous la compétence des juridictions ecclésiastiques, il pouvait arriver que l'exécuteur cessât ses fonctions plus tôt, par ordre des tribunaux et sur la demande des intéressés, lorsqu'il s'acquittait mal de ses devoirs. Dans ce cas, on procédait à la nomination d'un nouvel exécuteur qui continuait les opérations du premier. La Cour, qui avait confirmé le premier en lui accordant le *probate* s'était réservé légitimement le droit de le destituer au cas de fautes de sa part. Toutefois, son titre premier n'était pas dans ce cas complètement

effacé, quoiqu'il fut dépouillé de tous ses attributs. Le second exécuteur nommé prend le nom de *receiver*.

La folie et la mort donnent encore ouverture à la nomination d'un nouvel exécuteur par la Cour, sans que les héritiers soient jamais appelés à assurer eux-mêmes l'exécution du testament. La fonction ne finit pas, on le voit, par le fait de celui qui la détient. De même encore, si le testament qui porte nomination d'un exécuteur est annulé, une *administration* s'ouvrira, mais les héritiers appelés ne liquideront pas la succession.

En France, le premier exécuteur que nous avons rencontré, l'*eleemosynarius*, était nommé irrévocablement. Il fallut une clause particulière de l'acte de donation pour le rendre révocable[1]. Lorsque l'exécuteur fut nommé par testament, il devint au contraire essentiellement révocable.

Sa fonction, qui s'ouvre au jour du décès, vient à cesser soit parce que son titulaire décéde, soit parce que le testament est exécuté, soit parce qu'il est annulé, soit encore parce que l'exécuteur abandonne son poste ou est révoqué.

On n'a pas admis en France le droit des juridictions ecclésiastiques ou séculières de nommer un autre exécuteur au décès du premier; les héritiers reprennaient alors leurs droits.

Ricard[2] enseignait pourtant que lorsque les fonc-

[1] Sic Caillemer *op. cit.* p. 277 et s.
[2] Ricard, 2e partie n° 64 et 65.

tions de l'exécuteur venaient à cesser pour une cause quelconque, le juge pouvait subroger un autre exécuteur à la place de celui qui venait à manquer.

Certaines coutumes renfermaient des dispositions en ce sens. (Meaux art. 36 ; Nivernais, ch. XXXIII art. 3).

Furgole[1] se prononçait en sens contraire.

La doctrine moderne, dans le silence du code, légitime sa solution qui refuse tout pouvoir de nomination aux tribunaux, à l'encontre de ce qui se passe en Angleterre, par ce motif que l'exécution est un mandat exceptionnel, donné par le testateur après qu'il a cessé de vivre. En l'absence de textes, les tribunaux ne lui paraissent pas devoir bénéficier de cette faculté.

Mais, si l'on veut voir dans l'exécuteur testamentaire un personnage chargé d'une mission de liquidation, dans l'intérêt des créanciers, de la succession et des héritiers, ayant un rôle propre et créé par la loi en dehors de toute assimilation avec le mandat, on n'est plus retenu par les mêmes raisons pour ôter aux tribunaux tout droit de ce côté, devant la renonciation de l'exécuteur testamentaire nommé par le de cujus.

Un arrêt de Poitiers[2] a notamment, sur les conclusions du ministère public, ordonné la désignation

[1] Furgole, ch. X, sect. IV, n° 41.
[2] Poitiers, 17 janvier 1870. D. 72. I. 244.

d'une autre personne chargée d'accomplir les mesures ordonnées par un testateur dans l'intérêt des mineurs.

D'un autre côté, lorsque le testateur a choisi comme exécuteur une personne dont il a plutôt envisagé la qualité que la personne même, comme s'il a choisi le bâtonnier de l'ordre des avocats, le doyen des notaires, le curé de la paroisse, dans ce cas, il a toujours été admis que le successeur à la fonction indiqué prend la place de l'exécuteur testamentaire décédé et termine l'exercice de ses droits[1].

Lorsque l'exécuteur testamentaire a obtenu l'exécution complète du testament, sa fonction prend naturellement fin, alors même que le délai d'un an accordé à sa saisine ne s'est pas écoulé. Mais, en sens inverse, il faut se garder de confondre la saisine avec l'exécution testamentaire. On faisait cette confusion dans notre ancien droit, et l'on décidait en conséquence que l'exécution testamentaire était restreinte à un an. Quoique les coutumes disent l'an du décès, ce délai ne courait que du jour où l'exécuteur a été ou a pu se mettre en possession des biens de la succession ; si on lui faisait des contestations et que le testament ait été contesté, l'an ne courait que du jour où les contestations avaient été terminées. C'est la doctrine de Dumoulin, art. 94 n° 16.

Quand il y avait des legs dont la condition ne devait

[1] Sic Potier, *Donat. test.*, p. 443.

venir à échéance qu'après l'année, l'acquittement de ces legs, si la condition venait à exister, ne concernait plus l'exécuteur dont la charge finissait après l'année révolue et le légataire ne pouvait s'adresser qu'à l'héritier.

Néanmoins, si les héritiers n'étaient pas solvables et si les biens de la succession ne consistaient qu'en mobilier, l'exécuteur était en droit d'exiger caution pour assurer le payement d'un legs conditionnel.

Les coutumes le décidaient ainsi, dit Pothier[1], afin que les héritiers ne fussent pas trop longtemps privés des biens de la succession, sous le prétexte que le testament n'était pas encore exécuté.

Le Code civil a, au contraire, distingué la saisine de l'exécution testamentaire. La première reste limitée à un an, pour le motif qu'indiquait Pothier, mais la seconde n'est pas limitée, et elle ne pouvait pas l'être, car l'exécution peut traîner en longueur par suite de circonstances indépendantes de la volonté des légataires et de l'exécuteur. Tant que les dernières volontés du testateur ne sont point exécutées, l'exécuteur a le droit et le devoir de veiller à ce qu'elles le soient[2].

[1] Pothier. *Donat. Test.* ch. V. sect. I. n° 231.

[2] Un arrêt récent a jugé dans ce sens relativement à la mission donnée par un testateur à son exécuteur testamentaire de veiller à ce que ses restes soient inhumés dans un endroit déterminé, auprès de ceux de son épouse précédemment décédée. Il a déclaré que ce soin ne prend pas fin par le fait de l'inhumation au lieu indiqué. L'exécuteur conserve le droit, même

Lorsque le testament vient à être annulé pour une cause ou une autre, la désignation de l'exécuteur tombe par le fait même. Dans ce cas, les actes que l'exécuteur a accomplis avant que le testament fût annulé restent valables et les quittances qu'il a délivrées gardent leur pouvoir libératoire[1].

Il peut encore arriver qu'un exécuteur testamentaire se démette de ses fonctions après les avoir acceptées. Celà lui fut toujours exceptionnellement possible lorsqu'il éprouvait un préjudice réel de leur exercice. Cette faculté n'a rien de contraire à la loi car son rôle n'est pas essentiel dans la dévolution des biens et la liquidation successorale.

Les exécuteurs testamentaires ont enfin toujours pu être révoqués par les tribunaux sur la demande en justice des héritiers ou légataires lorsque leur gestion atteste une incapacité notoire ou une coupable infidélité.

L'art. 444 § 2 C. civ. fournit un argument d'analogie en ce sens.

M. Laurent[2] refuse cette extension, car il voit dans cette mesure une sanction pénale qui doit à ce titre s'interpréter restrictivement. Pour lui, la seule voie ouverte aux héritiers est de payer eux-mêmes les legs et de demander des dommages-intérêts

après l'année de la saisine, de veiller à ce que la sépulture voulue par le testateur ne soit en aucune façon modifiée. Trib. de Lyon, 30 juin 1877, D. P. 78. 3. 88.

[1] C'est l'application de la solution adoptée pour les actes accomplis par l'héritier apparent.

[2] Laurent, tom XIV n° 383.

contre l'exécuteur. Les auteurs modernes, imbus de l'idée de mandat dans laquelle ils confinent le rôle de l'exécuteur, ne voient dans ces solutions qu'une application des principes relatifs à ce contrat. Nous y verrons la mise en œuvre de principes d'équité supérieurs à un contrat en particulier et qui dominent notre droit.

CHAPITRE IX

Obligation de rendre compte

Une dernière question nous reste à étudier, l'obligation pour l'exécuteur, sitôt sa mission terminée, de rendre compte de ses opérations aux héritiers et légataires. Cette obligation nait du droit de l'héritier au *remanans* de l'exécution et Beaumanoir la rattache à cette idée. Dès le *Court Probate Act*, en Angleterre, l'exécuteur dut porter son compte devant les juridictions royales. Jusque-là, les cours ecclésiastiques avaient eu le contrôle de ses opérations Ce contrôle s'établit de très bonne heure, car il faisait contre-poids aux pouvoirs considérables que l'exécuteur avait de vendre les biens personnels ou réels pour acquitter les dettes et les legs de la succession. Ce compte constituait une garantie très solide pour les légataires et pour l'héritier, d'autant qu'ils pouvaient en demander la production à tout instant. Le compte doit, en dehors de toute réquisition, être fourni par l'exécuteur lorsque ses opérations sont terminées. Il doit être porté devant la Haute-Cour de justice et être établi par partie double, en recettes et dépenses. Il doit mentionner l'origine des deniers du reliquat, s'il y en a, car ils suivront une destination différente suivant qu'ils peuvent provenir de la vente des biens réels ou personnels. On sait

qu'autrefois l'exécuteur pouvait se l'approprier, mais aujourd'hui il faut pour cela une mention expresse du testament.

Si des différents s'élèvent à ce sujet, la Haute-Cour de Justice en connaîtra.

En France, le compte de l'exécuteur testamentaire peut, de très longue date, être rendu à l'amiable, comme en justice.

Déjà, sous Beaumanoir, la justice n'intervient que lorsque l'héritier ne réclame pas le compte lui-même.

Il résulte de la nature des choses que les exécuteurs testamentaires ne sont tenus de rendre compte que si le testateur leur a donné la saisine du mobilier car alors seulement ils ont un maniement de fonds, et partant une gestion à accomplir[1].

Ce compte ne doit être fourni qu'à la fin de l'année de la saisine. Le compte de l'exécuteur testamentaire, de même que tout autre compte, se divise en recettes et dépenses, et se termine par une balance de ces deux articles. L'inventaire en forme la base.

Parmi les dépenses, l'exécuteur portera les frais relatifs à ses fonctions, car ils sont à la charge de la succession. Une distinction s'impose ici si l'on est en présence d'héritiers réservataires. Lorsque les frais exposés par l'exécuteur sont faits dans l'intérêt de la succession toute entière, ils sont prélevés sur

[1] Demolombe, tome V n° 112. Laurent, t. XIV n° 386.

l'ensemble de la masse successorale, mais s'ils n'ont profité qu'aux légataires afin d'assurer le payement des legs, c'est la portion disponible seule qui doit les supporter[1].

Pour le cas où il y aurait un reliquat de compte, l'intérêt des avances faites par l'exécuteur lui est dû du jour où il les a faites, tandis qu'il ne doit lui-même l'intérêt des sommes dont il est reliquataire que du moment de la demeure[2].

Aujourd'hui, comme jadis, des difficultés s'élèvent pour savoir devant quel juge il convient de porter le compte de l'exécuteur. Les coutumes et les anciennes ordonnances ne sont pas d'accord à ce sujet. Les unes veulent que ce soit le juge royal qui soit compétent, d'autres admettaient la concurrence et la prévention entre les juges royaux et seigneuriaux ; quelques coutumes enfin en donnaient la connaissance au juge d'église soit exclusivement, soit par prévention.

Depuis l'ordonnance de 1667 toutefois, les juges d'église n'en connaissent plus et l'exécuteur devait être poursuivi en reddition de comptes devant le juge de son domicile[3].

La seule question qui reste controversée aujourd'hui en matière de compétence est celle de savoir qui, du juge du tribunal du domicile de l'exécuteur ou de celui du lieu où la succession est ouverte,

[1] Demolombe, tome V n° 115.
[2] Furgole, *op. cit.* n° 75 et 3.
[3] Sic Merlin, *rep. de jurisp.* p. 227.

sera compétent. L'article 527 du Code de procédure réclame la compétence du premier, selon la règle générale, tandis que l'article 59 de ce même Code parait retenir celle du tribunal du lieu où la succession est ouverte. A l'encontre de ce dernier, on objecte il est vrai, que l'action en reddition de compte n'est qu'indirectement relative à l'exécution, puisque cette dernière est opérée à ce moment.

L'arrêt le plus récent sur la matière s'est prononcé pour la compétence du domicile de l'exécuteur testamentaire[1].

Tandis qu'en Angleterre, la mission légale essentielle de l'exécuteur s'est toujours opposée à ce qu'un testateur dispense son exécuteur de rendre compte, du jour où il n'a plus été considéré que comme *trustee* du reliquat, à la charge de le remettre aux ayants droit, en France au contraire, le testateur a souvent voulu dispenser son exécuteur de cette charge. Le pouvait-il ?

Dans le cours du XIV^e^ siècle cette clause était nulle, car la surveillance des pouvoirs publics était essentielle à la charge (cpr Caillemer *op. cit.* p. 616). Par la suite on admit que, si sous cette forme il déguisait le legs du reliquat fait à son profit, une telle disposition était valable, à condition toutefois que l'exécuteur fut capable de recevoir et ne fut pas en présence d'héritiers réservataires. Mais encore fallait-il que son intention fut claire à cet égard et,

[1] Paris, 2 juillet 1839, p. 539, 2, 372.

seul, Ferrières[1] prétend que la dispense de rendre compte équivalait au legs du reliquat. Ricard[2] et les autres auteurs anciens étaient d'avis contraire.

Lorsque le testateur n'a pas manifestement voulu cette attribution au profit de l'exécuteur, que décider ?

On distinguait encore dans l'ancien droit[3] selon qu'il y avait ou non des héritiers à réserve en présence. Dans le premier cas la clause était repoussée par tous. Il fallait encore éliminer le cas où l'exécuteur serait incapable de recevoir.

En dehors de ces deux cas, beaucoup d'anciens jurisconsultes déclaraient le procédé valable. Pothier[4] et Furgole étaient notamment de cet avis. Il leur paraissait que le testateur qui eut pu ne rien laisser à ses héritiers peut du moins les obliger à recevoir le reliquat sans avoir à y rien contrôler.

L'ensemble des auteurs est aujourd'hui à bon droit d'avis contraire ; il y a là une clause dont on ne comprend pas l'utilité et qui porte atteinte au droit des légataires qui nait dès avant l'exécution, du jour du décès du testateur. Il est juste de leur laisser la vérification des opérations de l'exécuteur dont la mission est uniquement de liquider la succession selon les intérêts des créanciers et les leurs propres.

[1] *Sur Paris,* art. 297 glos 2.
[2] Part II, n° 92.
[3] Des donat. Test. ch. V, sect. 1.
[4] Ch. X sect. IV.

Dans cette seconde hypothèse toutefois, d'après Troplong, la dispense de rendre compte vaudrait comme dispense de répondre des fautes et négligences commises dans la gestion, sans aller jusqu'à soustraire l'exécuteur aux conséquences de son dol[1].

Un arrêt de Douai, du 23 juin 1846, a statué dans ce sens[2].

Cette solution parait peu juridique. S'il est possible, en l'absence d'héritiers réservataires, de faire attribution du reliquat à l'exécuteur, il devient du moins injuste de priver les héritiers, auxquels on laisse le droit au reliquat, de la faculté de savoir s'il en existe un, car ils ne peuvent le connaître que par le compte.

Un arrêt plus récent[3] s'est d'ailleurs prononcé en sens contraire et a annulé la clause portant dispense de rendre compte en ce qui concernait un exécuteur testamentaire chargé de la distribution de legs faits aux pauvres.

Rappelons ici que le légataire universel, dont les charges absorbent en entier l'émolument, se rapproche de l'exécuteur testamentaire qui bénéficie d'une dispense de rendre compte.

Lorsque l'exécuteur se trouvait créancier pour son compte pour les dettes et legs qu'il avait

[1] Troplong, *Des donat. entre vifs*, tom IV, n° 2028.
[2] D. P. 1846. 2. 155.
[3] Caen 12 février 1863, *Pandectes françaises* V° donat et testam. N° 10030.

acquittés, il avait, selon Dumoulin, une hypothèque tacite sur les biens de la succession qu'il avait déchargée, avec cette différence que si c'est pour acquittement de dettes, même chirographaires qu'il était créancier, il avait cette hypothèque sur tous les biens de la succession, tant sur les propres que sur les autres; que s'il est créancier pour des legs qu'il avait acquittés, il n'avait cette hypothèque que sur les biens disponibles[1].

On regarde aujourd'hui l'exécuteur comme ne devant pas les dettes, aussi n'aura-t-il pas à exercer ce recours, pas plus d'ailleurs que la question ne se présente pour les legs dont la délivrance ne se demande pas contre lui.

[1] Pothier *op. cit.* ch. V p. 441.

CONCLUSION

Arrivés au terme de cette étude, il nous a été donné de voir la doctrine française pénétrée de la vieille idée romaine de la représentation de la masse successorale du défunt par les héritiers ou les légataires universels se refuser à voir la possibilité d'admettre à côté d'eux un second personnage dont le rôle serait de doubler en quelque sorte le leur sans y préjudicier. Nulle part, le Code civil ne considère l'exécuteur testamentaire à l'instar de la loi anglaise comme un *personal representative* du défunt, encore moins comme son *real representative*. Il y a pourtant des avantages sérieux à lui donner cette qualité. L'exécuteur y puise des droits de liquidation qui servent l'intérêt des héritiers ou légataires universels en même temps que ceux des créanciers héréditaires. Bien des procès sont évités en remettant le soin de répartir l'actif héréditaire à une personne désintéressée dans l'opération. Pour lui assurer un rôle efficace de ce côté, il faut se débarrasser de l'idée de mandat autour de laquelle les auteurs se sont trop fidèlement rangés pour revenir à une conception plus large des pouvoirs et des droits de l'exécuteur testamentaire et qui réponde mieux à sa première origine.

La jurisprudence, de son côté, admettant la validité

de certaines clauses extensives de sa capacité s'est ralliée nettement à la conception d'un droit propre de l'exécuteur qui n'étouffe pas dans les bornes du mandat, sans atteindre en rien les droits des héritiers.

Lorsqu'elle a admis la validité du legs universel sans émolument pour son bénéficiaire, elle a su trouver un procédé correct pour rendre possible, malgré les dispositions restrictives du Code sur l'exécuteur testamentaire, l'attribution sur sa tête d'un droit de représentation que la loi lui refusait. Sous un nom différent nous avons eu de ce jour en France, sans modification de textes, un personnage dont les pouvoirs s'étendaient même sur les immeubles, comme le dernier terme de la législation anglaise le portait. Ce mouvement a même précédé la réforme anglaise en ce qui regarde les immeubles. Ce dernier fait montre bien qu'on n'enchaîne pas une institution dans les liens de textes législatifs. Lorsque son utilité l'appelle à remplir un certain rôle, la pratique sait lui ouvrir telle issue par laquelle elle pourra produire ses bienfaisants effets.

Aix, le 21 mars 1906.

Vu : *Le Président de la Thèse,*
EDOUARD JOURDAN.

Vu : *Le Doyen,*
G. BRY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
BELIN.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE	5
CHAPITRE Ier. — Origine de l'institution	9
CHAPITRE II. — Nature de l'institution d'exécuteur testamentaire	30
CHAPITRE III. — Saisine	42
CHAPITRE IV. — Nomination de l'exécuteur	61
CHAPITRE V. — Actes préparatoires	79
CHAPITRE VI. — Droits et devoirs de l'exécuteur	86
Section I. Recouvrement des créances et payement des dettes	86
Section II. Payement des legs, vente des immeubles	99
Section III. Droit d'agir en justice	113
Section IV. Extension des pouvoirs de l'exécuteur	118
Section V. Hypothèques et Mortgages	126
Section VI. Exécution testamentaire et fondation	128
Section VII De l'exécuteur non saisi	135
CHAPITRE VII. — Responsabilité de l'exécuteur	138
CHAPITRE VIII. — Fin de l'exécution testamentaire	145
CHAPITRE IX. — Obligation de rendre compte	152
CONCLUSION	159